

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

GUSTAVO HUGO ONSTEN

**A DINAMIZAÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Porto Alegre

2018

GUSTAVO HUGO ONSTEN

**A DINAMIZAÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção de título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande
do Sul

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger
Scarpato

Porto Alegre

2018

GUSTAVO HUGO ONSTEN

**A DINAMIZAÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA NO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Aprovado em: ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo
Orientador

Prof. Dr. Artur Thompsen Carpes

Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Para meus pais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Tor e Miriam, por absolutamente tudo. Não há palavras capazes de descrever a minha gratidão pela vida que me deram. Deixo aqui a minha expressão de amor e lhes dedico todas as minhas conquistas, passadas e futuras. Muito obrigado por terem tornado tantas coisas possíveis em minha vida.

Aos meus demais familiares, por todo o amor e suporte dado no decorrer de minha trajetória. Em especial, aos meus irmãos, Sara e Guilherme, bem como à minha avó, Ilse.

Ao professor Eduardo Scarparo, que brilhantemente me orientou no decorrer deste trabalho, demonstrando uma sincera preocupação com o enriquecer do meu conhecimento. Sua participação tornou a realização do presente trabalho uma tarefa muito mais leve do que eu originalmente esperava, que acabou por contribuir com o meu interesse pela pesquisa acadêmica. Agradeço, por fim, pela sua paciência, bem como à constante disposição apresentada.

À Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e todo o seu corpo docente, por absolutamente tudo que me proporcionou durante esses anos.

Aos meus amigos e colegas da Faculdade de Direito da UFRGS, sem os quais eu nunca teria chegado até aqui. Do mesmo modo, aos meus amigos de infância, os melhores que se poderia ter. Por fim, a todos os demais cujo companheirismo teve efeito em minha trajetória, por todas as aventuras, tanto as passadas quanto as que ainda estão por vir. A todos, obrigado por participarem da minha história.

Ao escritório *Carlos Kirchhof Advocacia*, pelo aprendizado diário no decorrer do meu último ano de faculdade. Ainda, à maravilhosa equipe do gabinete do Desembargador Dilso Domingos Pereira, onde vivi minha primeira experiência como estagiário. Sou extremamente grato por chegar ao final de minha trajetória universitária ciente do privilégio que foi a realização destes dois estágios.

Por último, à minha amada Prenda, que esteve ao meu lado durante toda a realização deste trabalho. O seu simples olhar foi capaz de curar qualquer forma de desgaste que eu tenha sofrido nos últimos meses, fosse físico ou emocional. Obrigado por ter sido minha fiel companheira por tantos anos.

"Discontent is the first necessity of progress."
(Thomas Edison)

"Our biggest problems arise from the avoidance of smaller ones." (Jeremy Caulfield)

"The mistake is thinking that there can be an antidote to the uncertainty." (David Levithan)

"Sincerity, even if it speaks with a stutter, will sound eloquent when inspired." (Eiji Yoshikawa)

"Honesty and transparency make you vulnerable. Be honest and transparent anyway." (Madre Theresa)

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a recente recepção da teoria do ônus dinâmico da prova no Código de Processo Civil de 2015. No Brasil, o surgimento da teoria se deu sob forte influência da doutrina argentina, em meio a um contexto de consagração do devido processo legal na sua dimensão substancial, em que se arguia por um procedimento probatório atento aos direitos fundamentais das partes, por meio do exame das peculiaridades de cada caso concreto. Assim, a teoria do ônus dinâmico da prova se revela como técnica processual auxiliar, que permite ao magistrado, em casos excepcionais, a flexibilização da regra geral de distribuição probatória, com o fim de, ao final, obter efetivamente uma decisão substancialmente justa. A teoria passou a ser prevista normativamente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 373, §§ 1º e 2º. O presente trabalho pretende assim demonstrar que o novo código se atentou aos critérios objetivos que regulavam a aplicação da teoria, bem como ao caráter excepcional que esta possui. Nesse sentido, a redação do Código de Processo Civil de 2015 foi fiel em observar a possibilidade da dinamização judicial do ônus da prova para os casos em que se constatar que a produção desta é excessivamente difícil ou impossível a uma das partes, enquanto que de maior facilidade para a outra. Ainda, as limitações para a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova também foram observadas no texto legal, dentre elas, a impossibilidade de atribuição da *probatío diabolica*, deflagrando a natureza excepcional da técnica. Em suma, o presente trabalho busca demonstrar que a adoção do ônus dinâmico da prova pelo Código de Processo Civil de 2015 configura novo marco no processo evolutivo do processo civil brasileiro, em sua busca de produzir decisões efetivamente substanciais, atentando-se aos direitos fundamentais das partes.

Palavras-chave: Ônus da prova. Dinamização. Teoria do ônus dinâmico da prova. Código de Processo Civil de 2015. Devido Processo Legal Substancial. Efetividade substancial das decisões jurídicas. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present thesis aims to analyze the recent adoption of the theory of dynamic burden of proof in the Code of Civil Procedure of 2015. In Brazil, the emergence of the theory was strongly influenced by the Argentinian doctrine, which coincided with Brazil's embrace of the due process of law in its substantial dimension, claiming for a probative procedure attentive to the fundamental rights of the parties, by examining the peculiarities of each specific case. Thus, the theory of the dynamic burden of proof is revealed as an auxiliary procedural technique, which allows the magistrate, in exceptional cases, to apply the general rule of probative distribution flexibly, in order to ultimately obtain a substantially fair decision. The theory became legally written with the advent of the Code of Civil Procedure of 2015, in its articles 373, §§1º and 2º. The present paper intends to demonstrate that the new code observed the objective criteria that regulated the application of the theory, and that it reflected the theory's exceptional nature. In this sense, the drafting of the Code of Civil Procedure of 2015 was faithful in observing the possibility of judicial dynamization of the burden of proof for cases in which it is found that its production is excessively difficult or impossible to one of the parties, while of greater ease to the other. Moreover, the limitations for the application of the theory of dynamic burden of proof were also observed in the legal text, among them, the impossibility of attribution of the so called *probatio diabolica*, which reveals the exceptional nature of the technique. In summary, the present paper seeks to demonstrate that the adoption of the dynamic burden of proof by the Code of Civil Procedure of 2015 sets a new milestone in the evolutionary development of the Brazilian civil process, in its quest to produce effectively substantial decisions, paying the deserved attention to the fundamental rights of the parties.

Key-words: Burden of proof. Dynamization. Theory of dynamic burden of proof. Code of Civil Procedure of 2015. Substantial due process of law. Substantial effectiveness of decisions. Fundamental rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	11
2.1	PROVA: ÔNUS OU DEVER?	11
2.2	DAS FUNÇÕES DO ÔNUS DA PROVA	18
2.3	DA MUDANÇA DE PARADIGMA NO PROCESSO CIVIL	23
2.4	A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO	27
2.5	CRÍTICAS À TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA	34
3	A POSITIVAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015	40
3.1	AS HIPÓTESES DO ARTIGO 373 DO CPC/2015	40
3.2	A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCEDIMENTO PROCESSUAL	52
3.3	A IMPORTÂNCIA DA POSITIVAÇÃO.....	59
4	CONCLUSÕES	63
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

A prova é um dos aspectos mais importantes do direito processual. Aquele que pretende ser assistido pelo órgão jurisdicional, com a procedência de sua pretensão, tem o direito e o dever de provar, tanto para firmar suas alegações, quanto para afastar as alegações da parte adversa. A atividade probatória, portanto, servirá para que as partes litigantes demonstrem o acontecimento dos fatos ao juiz, destinatário por excelência da prova, com vistas a formar o seu convencimento. Se há lide, pressupõe-se a divergência entre as partes acerca do objeto litigioso, servindo a prova como meio de sanear a dúvida.

Importante referir que, no Direito Brasileiro, os sujeitos do processo não são, via de regra, desincumbidos de um dever probatório *stricto sensu*, porém de um ônus, uma faculdade à parte. A realização da prova será do interesse de cada litigante, justificando a atitude de cada um dentro do processo. O não cumprimento do ônus, portanto, poderá acarretar a sucumbência da parte que dele não se desincumbiu.

Ocorre que, ao longo dos anos, verificou-se que o sistema de provas adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 seria demasiadamente estático, prevendo a distribuição do ônus da prova conforme regras específicas, sem levar em conta as peculiaridades do caso concreto. Assim, tal sistema se demonstrou insatisfatório e artificial, diante da aceção moderna do devido processo legal, na sua dimensão substancial, por não admitir a adequação do regramento ao caso concreto, deflagrando a necessidade da possibilidade de modificação do ônus da prova em hipóteses específicas.

Esta ideia abriu espaço à aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no Direito Brasileiro, fortemente influenciado à época pela doutrina jurídica argentina a este respeito. Tal teoria defende, em suma, uma flexibilização da regra geral do ônus probatório, no sentido de que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto”. Segundo esta corrente, o juiz permaneceria como gestor das provas, com maior poder de conduzir sua produção, libertando-se das restrições impostas pelas regras estáticas da lei.

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou, em seu artigo 373, §§ 1º e 2º, a distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo juiz, regra até então sem precedentes normativos expressos no direito brasileiro. Anteriormente, haviam precedentes judiciais que aplicavam a teoria, independentemente da existência de texto normativo que a embasasse

expressamente. Agora, todavia, o Código de Processo Civil dispõe de artigo que estabelece pressupostos formais e materiais para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo juiz, também chamada de redistribuição judicial do ônus da prova.

Desse modo, na primeira parte do presente trabalho, serão inicialmente expostos os conceitos e premissas básicas que permeiam a teoria, dando-se especial atenção à posição da doutrina quanto à categorização do instituto como “ônus” ao invés de “dever”, bem como tratar-se-á da dupla função atribuída aquele. Após, discorrer-se-á acerca do contexto jurídico em que se deflagra a necessidade da recepção da teoria do ônus dinâmico da prova, bem como sobre como esta surgiu com fins de adequar o procedimento probatório à acepção moderna do devido processo legal. Em seguida, serão devidamente apresentadas as características dessa técnica processual, bem como a sua importância, para, ao final, destacar os aspectos positivos e negativos apresentados pela doutrina a seu respeito.

Em um segundo momento, a positivação da teoria no CPC/2015 será o objeto de análise, de modo que serão tratadas as hipóteses para aplicação do ônus dinâmico da prova conforme as disposições do texto legal, observados os pressupostos e limitações que este impôs para a utilização da técnica. Para tanto, serão trazidos exemplos jurisprudenciais versando da aplicação da técnica, assim como os entendimentos da doutrina neste respeito. Em seguida, tratar-se-á da dinamização do ônus da prova no procedimento processual regido pelas disposições do CPC/2015. Por fim, será debatida a efetiva importância que se pode atribuir acerca da positivação do fenômeno.

Dessa forma, o presente trabalho pretende demonstrar, em suma, a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista a relevância do tema, bem como a atualidade da previsão normativa expressa deste.

2 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

No capítulo em tela, serão inicialmente apresentados alguns dos conceitos básicos que compõem o problema aqui apresentado. De tal forma, serão definidos os conceitos de ônus e prova, os quais, como se verá, serão exaustivamente retomados ao longo deste trabalho. Ademais, será destacada a diferença entre as categorias de “ônus” e “dever”, discorrendo-se sobre o posicionamento crítico de parte da doutrina que defende a necessidade de uma efetiva utilização de um “dever” para fins de estimular maior completude do material probatório.

Em seguida, serão expostos os dois diferentes aspectos em que se entende a função do ônus da prova, nas suas acepções objetiva e subjetiva. Serão trazidas as críticas positivas e negativas da doutrina em relação ao tema, com especial enfoque no que diz respeito à função subjetiva, pois, como se verá, enquanto parte da doutrina consagra a maior relevância atribuída a tal acepção, outra parcela entende pela sua absoluta inexistência.

Em um terceiro momento, será apresentado o contexto em que se possibilitou a adoção da teoria do ônus dinâmico da prova no direito brasileiro, que foi marcado pela ruptura do pensamento jurídico com o paradigma da legalidade restrita. Assim, será demonstrado como a recepção da teoria foi reflexo da nova forma de pensar no processo, na perspectiva dos direitos fundamentais.

Após, será devidamente apresentada a teoria da dinamização do ônus da prova, mostrando-se as doutrinas que influenciaram o seu surgimento no Brasil, seus fundamentos elementares, bem como as limitações que lhe foram impostas para garantir a natureza excepcional da técnica.

Finalizando o presente capítulo, serão trazidas à tona as principais críticas voltadas à teoria. Como será demonstrado, a grande maioria das críticas incorrem no equívoco de não compreender a adequação da técnica para com o modelo atual do Processo Civil.

2.1 PROVA: ÔNUS OU DEVER?

Inicialmente, faz-se imprescindível a apresentação dos conceitos e premissas básicas que compõem o tema do presente trabalho, qual seja, a distribuição dinâmica do ônus da prova. Dessa forma, o ponto de partida do presente estudo consistirá na análise e discussão dos sentidos dados pela doutrina aos conceitos de *prova* e de *ônus probatório*.

Quanto ao conceito de prova, como bem destacam Marinoni e Arenhart¹, este não é encontrado com exclusividade no campo do direito. Pelo contrário, a palavra “prova” pode assumir as mais diversas conotações em diferentes ramos da ciência, consistindo em noção presente em todas manifestações da vida humana.

Em um sentido jurídico, o conceito de prova geralmente é utilizado a partir de três acepções diferentes: como designação do *ato de provar*, da qual se extrai a premissa de que àquele que faz alegação de um fato cabe o provar; como *meio de prova*, considerando sob essa acepção as técnicas para se extrair a prova de onde jorra, como ocorre, por exemplo, ao falar de prova testemunhal; e como forma de designar o *resultado* dos atos ou meios de provas produzidos com o objetivo de realizar o convencimento judicial². Nas palavras de Dinamarco: “Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais de procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.”³

Visando atribuir um sentido jurídico mais específico ao conceito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero compreendem prova de duas formas. Na primeira, considerando o papel discursivo do conhecimento, referem-se à prova como o meio retórico⁴, regulado por lei, que se destina a convencer o Estado da validade das proposições controversas no processo dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais⁵.

De outro modo, considerando o papel *regulativo* da prova, essa assumiria a função de justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo⁶. Nesse sentido, segundo Michelle Taruffo⁷, a prova realizaria, sob essa perspectiva, a função de servir de

¹ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 69

² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 44.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. III. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 47.

⁴ Para uma análise aprofundada do conceito de prova na retórica, direcionada especialmente à importância da noção de *ethos* como elemento de convencimento, voltando-se, assim, a relevância do comportamento processual das partes no julgamento, em função tanto de regras típicas quanto atípicas, ver: SCARPARO, Eduardo. Ethos e comportamento processual como prova no direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 273, p. 43-67, nov. 2017.

⁵ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 464

⁶ *Idem; Idem; Idem*. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. 2, p. 258.

⁷ TARUFFO, Michelle. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 421.

fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão sobre o fato.

Essa última definição parece a mais adequada a ser utilizada no presente trabalho, eis que se afasta do objeto mais vasto de coisas contido no conceito de provas na retórica, delimitando, assim, de forma mais específica, a problemática da prova judiciária que será trabalhada ao se discutir a distribuição do ônus da prova neste trabalho.

No que diz respeito ao ônus, ensina Artur Carpes que este consiste em fenômeno decorrente do cotidiano: o ser humano sempre se encontra diante da opção de agir desta ou daquela forma, estando sempre presente de forma simultânea a possibilidades de se obter uma vantagem ou de se colocar em risco a partir da sua escolha. E no direito, sua definição carece de rigor conceitual para que se possa conhecer a natureza desse fenômeno, enquanto categoria jurídica, mas também para que se compreenda os limites de sua respectiva aplicação⁸.

A imprecisão da linguagem e dificuldade de diferenciação entre os conceitos de ônus e dever fez do fenômeno objeto de calorosos debates dentre importantes expoentes da teoria geral do direito⁹. Revelou-se necessária uma decantação deste de outros conceitos tais como o dever, a obrigação, a sujeição e a obrigação. A conotação essencialmente instrumental do conceito de ônus levou este a se desenvolver, especialmente, no plano do direito processual. Essa instrumentalidade se deflagra pela circunstância de que o ônus pressupõe a existência de um meio (conduta) necessário para o alcance de determinado fim, sendo que o sujeito que age é livre para decidir se o adota ou não¹⁰.

Pois bem. Entende-se que uma das primeiras teorizações do fenômeno surgiu a partir da teoria das *regras finais* de Giovanni Brunetti¹¹. O jurista afirmava que nem todas regras jurídicas seriam imperativas, existindo regras disciplinadoras de conduta não imperativas cuja eventual violação não resultaria em ato contrário ao direito, porém simplesmente na impossibilidade de alcançar determinada finalidade prometida pelo ordenamento jurídico¹².

⁸ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 25.

⁹ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 201. Para uma análise aprofundada da evolução do processo civil sob a perspectiva da necessidade de uma valoração racional na busca do material probatório, ver RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

¹⁰ CARPES, *op. cit.*, p. 26.

¹¹ CARPES, *op. cit.*, p. 26.

¹² BRUNETTI, Giovanni. **Norme e regole finale nel diritto**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913. p. 180.

Segundo a sua teoria, enquanto a conduta prescrita das regras imperativas consistia em obrigação, a conduta imposta por regras meramente técnicas chamava-se dever livre ou final, sendo que somente a inobservância da obrigação caracterizaria um ilícito.

Desse modo, ao defender sua ideia de dever livre como fenômeno que outorga liberdade a um sujeito para optar ou não por certa conduta determinada pelo ordenamento jurídico, sem o receio de se estar cometendo uma ilicitude, Brunetti acabou por realizar um dos primeiros esboços dogmáticos do ônus¹³. Suas constatações revelaram-se presentes em todos os debates sobre o tema que se seguiram.

Seguindo nessa linha, não se pode tratar do conceito de ônus sem destacar o desenvolvimento da matéria por Carnelutti. Não muito diferente da teoria Brunettiana, o autor defende que, para a definição de ônus, se deveria tomar por critério a sujeição e a obrigação no caso. Por sujeição, se entenderia a completa ausência de liberdade do sujeito, podendo este somente “sujeitar-se” ao comando normativo. Por outro lado, segundo o jurista italiano, na obrigação, ainda que exista um comando para determinado agir, o indivíduo possui a liberdade de o infringir, não cometendo ilícito algum¹⁴.

Dessa forma, segundo os ensinamentos de Carnelutti, está-se diante de uma *obrigação* ou *dever* quando a inércia do respectivo dá lugar a uma sanção jurídica; está-se diante de um *ônus* quando a sua abstenção dá origem à perda dos efeitos úteis do próprio ato¹⁵.

A doutrina do jurista italiano desenvolveu a noção de que o ônus se diferencia dos diversos deveres processuais que permeiam as relações processuais, pois seu descumprimento não caracteriza um ilícito. Todavia, como bem destacado na obra de Marinoni e Arenhart¹⁶, a mera diferenciação de “ônus da obrigação” e “dever” não é suficiente para a conceituação do

¹³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 120-122.

¹⁵ *Idem*. **Lezioni di diritto processuale civile**. Vol. II. Padova: CEDAM, 1933. p. 317. De forma semelhante, o jurista italiano Micheli também outorga relevância à questão do exercício dos poderes jurídicos no que diz respeito à categorização do fenômeno do ônus. Para ele, em determinadas hipóteses a lei atribui ao sujeito o poder de realizar a condição que permita o alcance de efeito jurídico considerado favorável para o mesmo. Quando o não exercício desse poder não acarretar em qualquer sacrifício alheio, a hipótese estaria ligada ao exercício de um ônus. (MICHELI, Gian Antonio. **L’Onere dela prova**. Padova: CEDAM, 1942. p. 73.

¹⁶ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 202

fenômeno. É necessário destacar a circunstância de que “todo aquele que age, ou deixa de agir, a partir de um ônus, o faz estando em uma posição subjetiva ativa na relação processual”¹⁷.

Assim, deflagrou-se o equívoco na classificação do ônus como espécie de dever, constituindo, na realidade, um poder que a parte desincumbida deste possui de diminuir o risco de obter julgamento contrário à sua pretensão¹⁸. Normalmente, a parte a qual se impõe o ônus da prova tem o interesse de observá-lo, visando evitar possível desvantagem advinda de sua inobservância¹⁹.

Nesse mesmo sentido, os ensinamentos do jurista uruguaio Eduardo Couture, o qual aponta à necessidade de atenção à dupla face que o ônus possui, configurando ao mesmo tempo uma faculdade à parte e um risco caso não desincumbido²⁰.

“A ideia de ônus da prova não tem objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz.”²¹

Desse modo, no meio da doutrina tradicional, entende-se que a diferença entre dever e ônus está em que enquanto o dever constitui imperativo de interesse alheio, o ônus é em relação a si mesmo, constituindo, portanto, interesse do próprio onerado, não havendo qualquer sujeição deste; é puramente sua escolha satisfazer ou não o ônus²².

Visando aprofundar o tradicional entendimento exarado no parágrafo acima, Artur Carpes sustenta que a principal diferença entre as categorias está na ideia de que o

¹⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção do objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. **Revista de Direito Processual Civil**, n. 15, Curitiba, Genesis, 2000.

¹⁸ PATTI, Salvatore. **Prove**. Disposizioni generali, comentário del codice civile (a cura di A. Scialoja e G. Branca). Bologna/Roma: Zanichelli/Il Foro Italiano, 1987. p. 34-35.

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 110-111.

²⁰ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 120-122.

²¹ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 204. De forma semelhante expõe Dinamarco ao referir “O mais notório e ilustrativo dos ônus processuais é o da prova. Ao demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse, a parte está favorecendo o acolhimento da sua própria pretensão, porque com isso evita ou reduz o risco de que ela venha a ser rejeitada; e o adversário não sofre gravame algum em caso de omissão – só tendo, ao contrário, motivos para regozijar-se e aplaudir”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3, p. 210).

²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, Tomo IV, 1974. p. 217.

descumprimento de um dever implica em ato contrário ao direito (ato ilícito), enquanto o descumprimento do ônus é tolerável pelo direito e não resulta em ilicitude²³.

Por fim, uma vez que a questão se revelará de extrema importância ao longo da apresentação do trabalho, cabe trazer a categorização realizada por Vitor de Paula Ramos, o qual dedicou-se em sua obra a aprofundar com maestria acerca das diferenciações das categorias:

Tomando por base a teoria do direito, a diferenciação entre ônus e dever dá conta de que o primeiro é uma situação passiva subjetiva branda, com um comportamento “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido e que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) “apreciado”, sem que a não adoção da conduta acarrete um ilícito.

O dever, por outro lado, é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical, atribuído por uma regra jurídica imperativa e que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamente exigido pelo Direito; o sujeito obrigado não tem a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), e, uma vez não adotado o comportamento, resta configurado o ilícito.²⁴

Assim, entende-se por *ônus da prova* como um poder atribuído a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato, o qual pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes²⁵, e cujo descumprimento não acarreta em ato contrário ao direito.

Nada impede, portanto, que a causa seja julgada em favor da parte que não se desincumbiu do ônus da prova. À luz do Princípio da comunhão da prova, os elementos probatórios que venham a convencer o magistrado podem advir das provas carreadas pela parte adversa ou a partir do próprio juízo²⁶.

²³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 32. No mesmo sentido, v. RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 53-65. Nesse sentido, cabe pontuar o entendimento de Dinamarco, que apresenta uma nova categorização sobre o tema, de que o ônus da prova pode ser absoluto ou relativo. Quando for absoluto, ainda que não haja uma sanção, o seu descumprimento trará, inevitavelmente, consequências negativas. Já no ônus relativo, não existe essa condição necessariamente (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3. p. 70).

²⁴ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 130.

²⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 110-111.

²⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 216-218.

Nesse ponto, vale destacar o entendimento de parte da doutrina, defendendo que, da forma como vem se desenvolvendo, o processo civil brasileiro consagra, cada vez mais, um *dever* de provas das partes e não apenas um ônus propriamente. Nesse sentido, em sua obra, Marinoni, Arenhart e Mitidiero discorrem sobre como, principalmente a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, para temas específicos em matéria de prova, já são impostos verdadeiros deveres, com base nos preceitos gerais de colaboração e boa-fé processual²⁷.

Com efeito, a pertinência desse entendimento revela-se ao verificar algumas disposições do novo CPC, como aquela expressa no parágrafo único de seu artigo 400²⁸, tangente à exibição de documentos ou coisas, que prevê o poder do juiz de ordenar coativamente a produção das provas nesses casos. Do mesmo modo, as disposições dos artigos 378 e 403 do CPC consistem em previsões normativas do efetivo dever de colaboração em matéria probatória²⁹.

Não obstante, os autores também reconhecem que, no que diz respeito às previsões gerais de distribuição de matéria probatória, o processo civil ainda consagra a categoria do ônus³⁰, na forma como que exposta no art. 373 do Código de Processo Civil. Ou seja, ainda que para determinadas situações específicas já exista a previsão de um dever processual, essas são exceções, sendo utilizado o ônus de forma residual para a imensa maioria das hipóteses.

Em sua obra³¹, Vitor de Paula Ramos aprofunda ainda mais a problemática. O autor defende a necessidade de buscar-se um rearranjo da atividade probatória, uma vez que somente a partir da utilização de deveres que seria possível efetivamente estimular uma maior completude do material probatório³². Para o autor, como a atribuição de um ônus traz consigo

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. 2. p. 261-263.

²⁸ Artigo 400, parágrafo único do CPC/2015: Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

²⁹ Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. V. 2, p. 267.

³¹ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil**: do ônus ao dever de provar. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

³² *Ibidem*, p. 101.

a possibilidade de recusa, sem cometimento de ilícito, acaba-se obstaculizando o Estado a promover um processo mais apto à busca da verdade³³.

Todavia, o próprio Ramos reconhece as limitações e dificuldades que se impõem frente à sua proposta, como quando a atribuição de um dever de produzir provas acabar por violar direitos fundamentais, como o da integridade física e psíquica, o da inviolabilidade do domicílio, dentre outros³⁴.

Assim, defende o autor, em sua obra, que o tema ainda necessita de amplo debate, não só em sede doutrinária, mas também em sede jurisprudencial, para que se verifique a possibilidade de maior utilização de deveres jurídicos no sentido de “promover uma maior completude do material probatório, tornando-se o processo tendencialmente mais *equipado à busca da verdade* e, portanto, mais justo”³⁵.

As ideias acima tratadas, indiscutivelmente, se afastam das premissas tradicionais do ônus da prova, ao propor que no sistema processual nacional se trabalhe cada vez mais com um dever legal ao tratar da colaboração e produção de provas. Todavia, no presente trabalho o ônus da prova será referido sob a visão mais tradicional da doutrina, da forma como atualmente é entendida e utilizado nos Tribunais.

2.2 DAS FUNÇÕES DO ÔNUS DA PROVA

Considerando todo o exposto até o momento, revela-se imprescindível agora discorrer sobre a função que possui o ônus da prova no âmbito do processo, a qual pode ser vislumbrada por dois diferentes aspectos: um *subjetivo* e um *objetivo*.

Entende a doutrina tradicional que o ônus da prova exerce uma dupla função: de um lado, serve para estruturar a atividade probatória das partes (*função subjetiva*) e do outro, funciona como *regra de julgamento*, passível de ensejar, no caso de insuficiência de provas capazes de convencer o juiz, decisão contrário aos interesses da parte que não cumpriu seu encargo (*função objetiva*), uma vez que é vedado ao magistrado pronunciar-se pelo *non liquet*³⁶.

³³ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 131.

³⁴ *Ibidem*, p. 120-122.

³⁵ *Ibidem*, p. 122.

³⁶ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40-41.

Quando a regra do ônus da prova é vista sob o aspecto subjetivo, fala-se então de sua função que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”³⁷.

Como bem ensina Barbosa Moreira, a função subjetiva do ônus da prova se revela no desejo de obter a vitória do litigante, o qual cria a necessidade, antes de mais nada, de valorar os meios pelos quais poderá se valer na tarefa de persuadir o magistrado, e de esforçar-se, depois, para que esses meios sejam utilizados na instrução da causa³⁸.

Sob o aspecto objetivo, por outro lado, o ônus da prova surge como forma de se garantir o julgamento, ainda que não haja convicção judicial sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos necessários para o julgamento³⁹, evitando o *non liquet* instrutório, ou seja, o não julgamento resultante da impossibilidade de o juiz decidir com base em convencimento motivado. É regra claramente direcionada ao julgador que se encontre em estado de dúvida, para que este observe a distribuição estática do ônus da prova e decida de forma desfavorável à parte que tinha sido onerada previamente por meio da lei⁴⁰.

Assim, a regra do ônus da prova sob o aspecto objetivo constitui em indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, julgar o mérito, pondo fim ao processo, pagando pela dúvida a parte que tinha o ônus da prova, como previamente estabelecido pela distribuição estática contida no texto legal⁴¹.

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (*ônus subjetivo*), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (*ônus objetivo*) – o último refúgio para evitar o *non liquet*.⁴²

³⁷ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 74-75.

³⁹ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, 2. ed. Montevideo: B de F, 2002. p. 17.

⁴⁰ FERREIRA, William Santos. Das provas e da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1129. No mesmo sentido, Salvatore Patti afirma que tal regra confere ao juiz a oportunidade de acolher ou rejeitar a demanda quando, não obstante a atividade probatória das partes – ou mesmo na sua ausência –, ele esteja em dúvida em relação à “verdade” dos fatos. (PATTI, Salvatore. **Prove**. Disposizioni generali, comentário del Codice Civile (a cura di A. Scialoja e G. Branca). Bologna/Roma: Zanichelli/Il Foro Italiano, 1987. p. 34-35.)

⁴¹ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 194-196.

⁴² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 112.

Considerando o apresentado, faz-se necessário, agora, destacar que a incidência das regras do ônus da prova não é restrita somente para questões meritórias, também incidindo sobre questões meramente processuais.

Nesse sentido, o instituto do ônus probatório revela-se pertinente na função de permitir o julgamento de alegações que dependem de prova, mas cujo objeto é tão somente processual, como é possível verificar, por exemplo, em casos relativos à parcialidade de testemunhas⁴³, ao impedimento do magistrado⁴⁴, à autenticidade de um documento⁴⁵, à suspeição do perito⁴⁶, dentre outros.

Dessa forma, verifica-se que, com efeito, as regras do ônus da prova não incidem apenas sobre as questões de mérito, podendo a ausência de prova de uma questão meramente processual servir, sim, como regra no julgamento. As regras do ônus da prova, assim, não se limitam somente a questões meritórias.

Pois bem, feito tal esclarecimento, cabe agora trazer o entendimento de Vitor de Paula Ramos sobre o aspecto subjetivo do ônus probatório. O autor, partindo de uma visão mais objetiva no que diz respeito à matéria, defende a inexistência da função subjetiva do ônus da prova, diante de sua suposta incapacidade em propiciar maior completude do conjunto probatório:

O que determina o resultado de uma demanda, com efeito, é a suficiência de elementos de corroboração a favor de determinada hipótese fática, conforme essa beneficie o autor ou o réu. E tal colaboração das hipóteses fáticas *não tem qualquer relação direta e automática com a atividade das partes*; a prova não é medida em termos quantitativos.

⁴³ Nesse exato sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo interno n. 70049064611. Agravante: Banco Itaucard S.A. Agravado: Irmão Andreazza Ltda. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 14 jun. 2012.; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70077277093. Apelante: João Alexandre Mello Lauterio. Apelado: Ervino Krause. Relatora: Desa. Claudia Maria Hardt. Porto Alegre, 24 maio 2018.

⁴⁴ Nesse exato sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Exceção de Impedimento n. 70076046788. Excipiente: Ferticruz Comercio e Representações LTDA. Excepto: Relator dos Embargos de Declaração n. 70073337545. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 13 dez. 2017.

⁴⁵ Nesse exato sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70078744661. Apelante: Banco BMG S.A. Apelada: Eva Rocha da Silveira. Relator: Des. Marcelo Cezar Mülle. Porto Alegre, 25 out. 2018; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70079146700. Apelante: Praticard Administradora de Cartões de Crédito Ltda S.A. Apelado: Alexandre de Andrade. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, 25 out. 2018.

⁴⁶ Nesse exato sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70076829142. Apelante: Fabrício Marcal Fisch. Apelada: Unimed RS Vale Dos Sinos – Soc. Coop Trabalho Médico LTDA. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre, 25 abr. 2018.

[...]

O processo civil não é uma “competição de boas intenções”, mas sim um procedimento que tem como um de seus fins principais a apuração da verdade, feita de maneira objetiva.

[...]

Não serve, portanto, o suposto aspecto subjetivo do ônus da prova (inexistente) para propiciar a maior completude do material probatório⁴⁷.

O autor fundamenta o seu entendimento de que a atribuição de um “ônus da prova” é insuficiente em matéria probatória com base na suposta inexistência de sua função subjetiva. Sendo as partes do processo evidentemente parciais, pois visam o sucesso de sua pretensão, Ramos entende que estas, ao serem desincumbidas de um ônus de produzir material probatório, sempre optarão pela escolha lícita de deixar de apresentar a prova quando esta for contrária aos seus interesses⁴⁸.

Ou seja, sempre se escolherá correr o risco de talvez sucumbir, no lugar de fornecer uma prova contrária a seus interesses que resulte em uma decisão desfavorável, o que, para o autor, deflagra a inefetividade atual dos meios de ampliação do material probatório.

Assim, o autor defende que, somente ao configurar a atividade probatória como um dever e não um ônus, seria possível solucionar o problema apresentado, pois se reestruturaria o aspecto subjetivo no sentido de que a parte não poderia mais prejudicar a completude do material probatório⁴⁹, não mais havendo uma escolha lícita de deixar provas relevantes fora do processo.

O entendimento do presente trabalho, no entanto, é o de que incorre em equívoco aquele que minimiza a importância da *função subjetiva* das regras sobre o ônus da prova, seja quanto à proveniência da prova, quanto à determinação do comportamento das partes ou, ainda, quanto à influência que possa gerar na convicção judicial, com base na natureza de último refúgio que possui o aspecto objetivo⁵⁰.

A função subjetiva, em face ao princípio da comunhão da prova, ainda encontra fundamento nos estímulos qualitativos que produz para formação do juízo de fato⁵¹, podendo

⁴⁷ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 88-90.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 113.

⁵¹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 41.

ter relevância não só durante a instrução, mas no próprio momento do julgamento, uma vez que a leitura do grau comprometimento e empenho das partes, somado aos demais elementos colhidos nos autos, pode ser determinante para o acolhimento ou rejeição da tese destas⁵².

Assim, a função subjetiva se revela também na importância que de fato existe na análise de qual das partes efetivamente se prestou a contribuir ao conjunto probatório do feito.

Ainda, indubitável que a atribuição do ônus acaba por incrementar os esforços da parte onerada, resultando em material de prova mais rico e melhores condições de proporcionar a formação de juízo fático⁵³. Do mesmo modo, a função desempenhada pelos ônus probatórios enquanto *regra de participação* estimula o contraditório, reforçando, assim, uma democracia mais participativa na qual há um conseqüente exercício mais ativo da cidadania pelas partes no processo⁵⁴.

Como se verá adiante, qualquer eventual redistribuição do ônus da prova que venha a ocorrer somente será possível devido à sua influência na participação das partes – na medida em que servirá à estruturação da sua respectiva atividade probatória – constituindo tal participação em elemento fundamental para a construção da decisão justa.

Não seria exagero afirmar, portanto, que o presente trabalho sequer existiria caso a função do ônus da prova ainda fosse vista exclusivamente sob seu aspecto objetivo de *critério de julgamento*. Nas palavras de Scarparo, “o comportamento das partes com propósitos probatórios viabiliza não somente a consideração sobre a valoração da prova, mas também na distribuição dinâmica do ônus da prova”⁵⁵.

Ainda, no que diz respeito às críticas de Ramos, mais especificamente, cabe pontuar que, como referido anteriormente⁵⁶, no Processo Civil contemporâneo já se trabalha com

⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 62-63.

⁵³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 42.

⁵⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 253.

⁵⁵ SCARPARO, Eduardo. Ethos e comportamento processual como prova no direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 273, p. 43-67, nov. 2017. No mesmo sentido, sustenta Tunala que na “ausência de acervo probatório, o mecanismo da valoração da conduta processual acaba sendo grande auxiliar para formação da convicção do juiz, permitindo-se criar presunções a partir de condutas contraditórias, e, assim, distribuir de maneira diversa o ônus da prova” (TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 308).

⁵⁶ Ver tópico 2.1.

hipóteses específicas nas quais há o efetivo dever de provar defendido pelo autor – exemplo do parágrafo único do artigo 400 do CPC -, o que é reconhecido pelo próprio autor⁵⁷.

Todavia, a atribuição geral de deveres no lugar de ônus em matéria probatória, por mais efetiva que possa ser compreendida, ainda encontra diversos óbices, como foi apontado anteriormente⁵⁸, não sendo cabível que se desconsidere a função subjetiva do ônus da prova com base nisso, considerando tudo que foi apresentado. Ou seja, por mais que a observância do ônus da prova seja a evitar tão somente um risco de julgamento desfavorável, sem possibilidade de se incorrer em ilicitude, o seu aspecto subjetivo, à vista do exposto, ainda se faz presente.

Consagra-se, atualmente, dessa forma, a função característica do ônus da prova de produzir estímulos visando à formação do juízo de fato, de modo que as regras do ônus da prova, em sua dimensão objetiva, somente devem ser aplicadas subsidiariamente, nas hipóteses de juízo de verossimilhança e para evitar o *non liquet*⁵⁹.

2.3 DA MUDANÇA DE PARADIGMA NO PROCESSO CIVIL

O critério geral de distribuição do ônus da prova é, até hoje, enormemente influenciado pela *Teoria das Normas* de Leo Rosenberg, a qual, pautada na rígida separação ente fato e direito, sustentava que a parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, ou seja, da norma cujo efeito jurídico lhe favorece⁶⁰. A lógica por trás da solução de Rosenberg é a de que quem alega a existência de determinado fato possui melhores condições de prová-lo do que aquele que simplesmente nega⁶¹.

O critério de Rosenberg serviu de base para a formulação doutrinária do ônus probatório, tendo sido consagrada a ideia geral de que aquele que faz determinada afirmação deveria ter condições de demonstrar sua veracidade em juízo⁶². Do mesmo modo, a doutrina recepcionou a ideia de que a aplicação geral da *Teoria das Normas* permitiria uma maior

⁵⁷ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 106.

⁵⁸ Ver tópico 2.1.

⁵⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 114.

⁶⁰ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 91.

⁶¹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39.

⁶² TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 2012. p. 246.

segurança jurídica ao problema da distribuição do ônus da prova, evitando os possíveis riscos advindos de uma tentativa de regulação mais concreta.⁶³

No Código de Processo Civil de 1973, a forma de distribuição do ônus da prova se encontrava expressa em seu artigo 333⁶⁴, claramente influenciada pela teoria de Rosenberg. A leitura do artigo revela a natureza puramente estática que dispunha a regra de distribuição do ônus probatório. Ao se referir a uma disciplina normativa como *fixa* ou *estática*, significa dizer que essa, em linha de princípio, não considera outra possibilidade de regulação que não seja aquela determinada a partir da “vontade do legislador”⁶⁵, ou seja, aquela obtida a partir da interpretação literal do artigo 333.

Em suma, ao se referir à regra do artigo como de cunho estático, significa dizer que o seu texto não abria margem para interpretação diversa, cabendo ao autor o ônus de provar suas alegações de fato, e ao réu o ônus de provar as alegações que impediam, modificavam ou extinguíam o direito do autor.

A função subjetiva do ônus da prova⁶⁶, na previsão estática do artigo 333 do CPC/73, que ignorava as condições reais do caso concreto, se revelava na cientificação das partes sobre quais as hipóteses em que poderiam ser prejudicadas, permitindo que deliberassem previamente sobre as suas condutas probatórias, de maneira manipuladora e conveniente, em descompasso com qualquer colaboração para a descoberta da verdade⁶⁷.

A intenção do legislador do CPC/73, ao positivizar a distribuição de maneira geral, abstrata e fechada, que não comportava exceções, era óbvia: buscava-se garantir a imparcialidade no tratamento das partes – devendo, por serem “iguais”, ser tratadas sem distinção, independente das peculiaridades do caso – e a segurança jurídica, impondo óbice a quaisquer alterações no procedimento definido em lei⁶⁸.

Todavia, com o decorrer do tempo, vislumbrou-se uma crescente insatisfação para com a manutenção daquela rígida visão da lei em forma genérica e abstrata, que, em sua pretensão

⁶³ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 38.

⁶⁴ Art. 333 e incisos do CPC/73.

⁶⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 93.

⁶⁶ Acerca das disposições gerais relativas à função subjetiva do ônus da prova e da maior relevância doutrinária que lhe é atribuída no processo civil na modernidade, ver tópico 2.2.

⁶⁷ FERREIRA, William Santos. Das provas e da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1128-1129.

⁶⁸ CARPES, *op. cit.*, p. 97.

de privilegiar a liberdade, partia da premissa de que essa seria garantida somente “se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, independentemente das desigualdades concretas”⁶⁹.

E foi em meio a esse contexto de crescente insatisfação quanto à adequação do ônus estático da prova frente às peculiaridades do caso concreto⁷⁰, que começaram a surgir diversas teorias que sustentavam a necessidade de flexibilização da regra geral positivada.

Todavia, antes de discorrer sobre tais teorias, cabe destacar que referida insatisfação constituía reflexo de um fenômeno muito mais abrangente que ocorria na dogmática do pensamento jurídico nacional: a ruptura do paradigma da *legalidade estrita* e a adoção do paradigma da *legalidade substancial*, solidificada pelo advento da Constituição de 1988, a qual revelava verdadeiro modo de pensar no processo na perspectiva dos direitos fundamentais⁷¹. Nas palavras de Daniel Sarmento:

Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações de direitos contidas na Carte de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.⁷²

Passou-se a exigir que a interpretação da lei processual estivesse pautada pelas disposições constitucionais cujo sentido fornece as bases de construção do *direito fundamental ao processo justo*, tais com aquelas contidas nos incisos XXXV e LIX do artigo 5º da Constituição⁷³. A finalidade do processo passa cada vez mais a ser constatada não apenas em abstrato, mas à luz da situação concreta levada em juízo, a qual apontará “se a regra legal revela-se adaptada aos direitos fundamentais processuais e, portanto, se a sua aplicação serve efetivamente à tutela dos direitos materiais”⁷⁴.

Desenvolveu-se assim a dimensão substancial do devido processo legal no sistema jurídico brasileiro, pautada na ideia de que a mera observação de exigências formais não

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V. 1, p. 53.

⁷⁰ Nesse sentido: PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. In: JOBIM, Marco Félix, FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito probatório**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 116-134.

⁷¹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 100-101.

⁷² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional - Teoria da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 31-32.

⁷³ Art. 5º, incisos XXXV e LIX da CF/88.

⁷⁴ CARPES, *op. cit.*, p. 102.

bastaria para que o processo seja devido. Assim, passa-se a entender como devido o processo que, com fundamento nas máximas de *proporcionalidade* e *razoabilidade*, gera decisões jurídicas substancialmente devidas⁷⁵.

No ponto, Sergio Mattos define o devido processo legal substancial como o princípio de garantia da liberdade em geral contra arbitrariedades do Estado, com a função de proteger e reconhecer direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade, que concretiza, ao mesmo tempo, o princípio da dignidade humana⁷⁶.

No mesmo sentido, passou-se a compreender a segurança jurídica como exigência de “estabilidade na mudança”⁷⁷, como forma de proteção de situações subjetivas, consagrando-se a continuidade do ordenamento jurídico a partir de regras de transição e cláusulas de equidade. Nas palavras de Cavalcanti Filho:

É assim inevitável que haja uma margem de incerteza e de insegurança no Direito, pois de outra forma se tornaria ele um instrumento de estagnação social. Mas essa incerteza e insegurança constituem o preço do progresso humano e da busca de formas mais justas de organização social⁷⁸.

Essa mudança de paradigma configurou terreno fértil para o surgimento de novas formas de se pensar na matéria do ônus da prova. Tratando-se de técnica processual de indubitável relevância ao processo, sendo decisiva para a prestação da tutela jurisdicional, “sua disciplina constitui uma das matrizes do direito fundamental ao processo justo”⁷⁹.

⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 1 v. p. 69-70. O autor destaca como essas máximas podem ser categorizadas como postulado, princípio ou regra, dependendo do pensamento doutrinário que se adote. No presente trabalho, será utilizada a categorização postulados normativos apresentada por Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 148-154) Ainda nesse sentido, da jurisprudência do STF se extrai a observação dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade no devido processo legal: “A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 374.981/RS. Recorrente: Industria de Papelão e Artefatos. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 28 mar. 2005. DJe 08 abr. 2005.

⁷⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 119.

⁷⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124.

⁷⁸ THEOPHILO, Cavalcanti Filho. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 162.

⁷⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 99. O autor destaca a importância da distribuição do ônus da prova como aspecto nevrálgico do processo civil, inclusive se referindo a este como “*coração do procedimento probatório*”. Também nesse sentido: TARUFFO, Michele. **Idee per una teoria della decisione giusta**. Sui confini – Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 255.

Pois bem. Diante de sua incontestável importância no âmbito do processo, por óbvio que a distribuição do ônus da prova deveria estar conformada à Constituição, bem como suas funções *objetiva* e *subjetiva* deveriam ser exercidas em consonância com os direitos fundamentais que compõem o *processo justo*⁸⁰.

Dessa forma, considerando o contexto histórico recém apresentado, verifica-se que a insatisfação da doutrina perante o ônus estático da prova não dizia respeito tão somente à sua inadequação para com as peculiaridades dos casos concretos, mas sim à sua inadequação com os fundamentos do *processo justo*, em sua perspectiva de outorgar a “maior efetividade possível [...] no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material”⁸¹.

E foi a partir deste contexto de alteração de paradigma que se possibilitou a adoção dos novos pensamentos que arguíam pela flexibilização da regra geral de distribuição do ônus probatório, tendo uma doutrina em especial se destacado em sua influência sobre o Direito Brasileiro, qual seja, a teoria argentina das “cargas probatórias dinâmicas”.

2.4 A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Considerando o exposto no tópico anterior, verifica-se que foi a partir da mudança de paradigma apresentada que se abriu espaço para uma concepção mais fluída de direito, segundo a qual a prestação da tutela efetiva e adequada só seria possível se levadas em consideração as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse sentido, não foi por acaso que, apenas dois anos após à promulgação da Constituição Federal, adveio o Código de Defesa do Consumidor, o qual, de forma inédita, determinava em seu artigo 6º, VIII, o dever de conformação constitucional do procedimento probatório pelo juiz⁸², prevendo que este deve dinamizar o ônus da prova ao constatar a hipossuficiência do consumidor no caso em análise.

Pois bem. Quanto às teorizações da dinamização do ônus probatório, cabe inicialmente destacar que no Brasil a introdução da teoria foi influenciada efetivamente pela doutrina argentina, no contexto de quebra de paradigma referido. Não obstante, ainda que o tema tenha

⁸⁰ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 100.

⁸¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 134.

⁸² Art. 6º, VIII do CDC.

ganho projeção recente, a matéria era motivo de debate há muito mais tempo, tendo inclusive sido defendido por Jeremy Bentham ainda no século XIX⁸³.

No Brasil, no entanto, a primeira proposta efetiva da dinamização surgiu a partir da teoria argentina das “cargas probatórias dinâmicas”⁸⁴, representada especialmente pela obra coordenada pelos juristas argentinos Jorge Peyrano e Inés White⁸⁵, que defendia a possibilidade de relativização da distribuição dos ônus probatórios mesmo na ausência de previsão legal, ainda que não originalmente fundada na teoria dos direitos fundamentais⁸⁶.

Embora não fosse inédito no âmbito nacional que se falasse em modificação do critério de distribuição do ônus da prova – como referido, o art. 6º do CDC trouxe essa previsão – foi a partir da teoria do ônus dinâmico que se desenvolveu a proposta para que se buscasse critérios para que se admitisse a dinamização, não só em hipóteses consumeristas, mas para todas as demais⁸⁷.

Em suma, a teoria propõe que deverá arcar com a prova a parte que, conforme as peculiaridades concretas de cada caso, possuir melhores condições para tanto, não importando qual a sua posição no processo. Ou seja, sugere-se a relativização do esquema básico, para as hipóteses em que a prova se revela excessivamente difícil para a parte onerada e, por outro lado, mais facilitada àquela inicialmente desonerada, mesmo em casos não contemplados pela lei⁸⁸.

Desse modo, a teoria das “cargas probatórias dinâmicas” propõe a flexibilização do critério geral estabelecido por Rosemberg, quanto aos casos em que a manutenção da regra tradicional acentuasse a desigualdade das partes no que tange à atividade probatória, tendo por consequência a “inutilidade da ação judiciária” e a “violação oculta à garantia de acesso à justiça”⁸⁹.

⁸³ Nesse sentido, defendia o doutrinador um “regime de justiça franca e simples, em um procedimento natural [...] o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que pode aportar com menos inconvenientes”. (BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1971. V. II. p. 150).

⁸⁴ A denominação “carga”, não obstante sua influência sobre os operadores de direito, é criticável. Como apontado por Carpes, se a expressão possui o mesmo sentido de “ônus”, nada justifica deixar de denominá-la corretamente no português. (CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104)

⁸⁵ PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lepori (Org.). **Cargas probatórias dinâmicas**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2004.

⁸⁶ CARPES, *loc. cit.*

⁸⁷ CARPES, *op. cit.*, p. 105.

⁸⁸ CARPES, *op. cit.*, p. 106.

⁸⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 173.

No ponto, para fins de esclarecimento, faz-se imprescindível transcrever a descrição apresentada por Peyrano nas Quintas Jornadas Bonarenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático, realizadas em outubro de 1992, em Junín, Argentina:

[...] a chamada doutrina dos ônus probatórios dinâmicos pode e deve ser utilizada nos processos em determinadas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que, como regra, repartem os esforços probatórios. A mesma importa um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, independentemente da condição de autor ou demandado ou tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

[...] a temática do deslocamento do ônus da prova reconhece hoje como capítulo mais atual e suscetível de consequências a denominada doutrina dos ônus probatórios dinâmicos, também conhecida como princípio da solidariedade ou de efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional no alcance do material de convicção.⁹⁰

Destaca-se: a teoria da dinamização do ônus probatório não defende o afastamento da regra tradicional de distribuição de estabelecimento prévio do encargo das partes, mas sim a sua flexibilização, que deve ser aplicada em casos específicos nos quais a manutenção da regra geral se revelar indevida diante as circunstâncias concretas, ou seja, em casos em que se constatar a desigualdade na capacidade probatória das partes⁹¹.

A partir disso, a distribuição dinâmica do ônus da prova recebeu acolhedora recepção nos tribunais brasileiros⁹², motivando uma maior dedicação à matéria tanto pela doutrina quanto pelo legislador⁹³.

⁹⁰ PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lepori (Org.). **Cargas probatórias dinâmicas**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2004. p. 19-20.

⁹¹ WHITE, Inés Lépori. Cargas probatórias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatórias dinâmicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 35-73. No mesmo sentido, defende Knijnik que “a ideia de ônus dinâmico não afasta, de per si, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional”. (KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 178-179).

⁹² Em um dos primeiros acórdãos dispondo sobre o tema, assim se referiu a Primeira Câmara Cível do TJRS: “É logicamente insustentável, que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração”, pois “O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597083534. Apelante: Celoir Maria da Silva. Apelado: Alexandre Pedroso de Albuquerque Olmedo. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, 03 dez. 1997. Dje 21 jan. 1998.

⁹³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 107.

“A relevância não apenas teórica, mas também prática motivou o seu acolhimento expresso no texto do novo CPC. O ônus dinâmico da prova encontra-se hoje expressamente incorporado ao direito positivo brasileiro.”⁹⁴

Todavia, a pertinência dogmática da obra de Peyrano e White, por si só, não era suficiente para a adoção da teoria no Direito Brasileiro. Considerando o demonstrado no tópico anterior, também era necessário que a sua aplicação estivesse em acordo com os fundamentos do processo civil no novo paradigma que se solidificou a partir da Constituição Federal de 1988. Para tanto, a aplicação da teoria deveria partir da adoção de critérios objetivos para que essa não fragilizasse as estruturas elementares do Estado Constitucional⁹⁵.

Ou seja, a efetiva adoção da teoria deveria observar o necessário exame da razoabilidade e proporcionalidade, postulados normativos que sustentam o devido processo legal substancial, pois somente a partir dessa análise seria possível que se estruturasse a aplicação do princípio ou da regra que se visava promover⁹⁶.

E foi a partir do exame da razoabilidade, em sua função de harmonizar a norma geral a casos individuais⁹⁷, que começaram a surgir decisões judiciais que se utilizavam da teoria da dinamização do ônus probatório, ainda que sob a vigência do CPC/73, visando inibir a violação de direitos fundamentais como o da igualdade e da máxima efetividade probatória, tomando por base as circunstâncias fáticas de cada caso: “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.”⁹⁸

⁹⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 142.

⁹⁶ Nesse sentido, Artur Carpes enquadra a razoabilidade e proporcionalidade na categoria de “postulados normativos”, na forma como consagrada por Ávila, dado que a função destes é “justamente, estruturar a aplicação do dever de promover um fim (princípios) ou estruturar a aplicação de normas que descrevem comportamentos (regras)”. (CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 110). Para uma melhor compreensão acerca das diferenciações entre regra, princípio e postulado normativo: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 196.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 619.148/MG. Recorrente: Banco Rural S/A. Recorrido: Indústrias reunidas de Colchões Ltda e outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 maio 2010. Dje 01 jun. 2010.

Nesse sentido, Knijnik destaca como a dinamização do ônus da prova encontra fundamento no princípio da igualdade⁹⁹, no mesmo sentido em que apontado por Cintra, Grinover e Dinamarco, de que a igualdade no processo deve ser entendida de forma proporcional, devendo haver um tratamento desigual quando as partes se encontrarem em situação de desigualdade¹⁰⁰. Não seria tolerável, portanto, que o direito permitisse a manutenção da desigualdade no que diz respeito às efetivas possibilidade de cumprimento do ônus da prova¹⁰¹.

Assim, se as regras do ônus da prova são estruturadas para assegurar a igualdade das partes, sua dinamização funciona como *filtro isonômico* do direito fundamental à prova, devendo o seu exercício ser ajustado em concreto, para que assim se evite tratamento discriminatório a qualquer das partes¹⁰².

Esse sentido já foi corretamente atribuído pelos tribunais. A respeito, em julgamento recente de ação de despejo na qual a ré sustentava que a relação entre as partes seria de parceria comercial e não de locação, o critério de atribuição do ônus da prova foi atrelado a uma justificação de isonomia material, permitindo-se ao magistrado a distribuição do encargo. Nos termos do trecho representativo dessa decisão:

a teoria processual moderna adota a denominada distribuição dinâmica do ônus da prova, com o intuito de ver materializado o direito fundamental à tutela efetiva, ao devido processo legal e à isonomia substancial, através da qual cabe ao magistrado, no caso concreto, a atribuição deste encargo à parte que possui melhor condição de suportá-lo, sempre em busca da verdade aproximativa¹⁰³

Ferreira, por sua vez, sustenta a dinamização tomando por base o direito à máxima efetividade probatória, na condição de que se possibilita o direito aos “meios instrumentários

⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 177-178.

¹⁰⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrin; DINAMARCO; Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 375.

¹⁰¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 213.

¹⁰² CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 86.

¹⁰³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70078127701. Apelante: Claudio Demarchi e CIA Ltda. Apelado: Fundação Universidade de Passo Fundo. Relator: Des. Ana Beatriz Iser, 10 out. 2018. Dje 19 out. 2018.

dotados de potência suficiente”¹⁰⁴. Ainda, Oliveira e Mitidiero destacam a recepção da teoria como “importante densificação do direito fundamental à paridade de armas”¹⁰⁵.

Ademais, a adoção da teoria da dinamização encontrou fundamento na consagração do dever de colaboração e lealdade entre as partes¹⁰⁶, na sua condição de instrumento para que se alcance a verdade¹⁰⁷, dever que posteriormente passou a ser expressamente previsto no artigo 6º do novo Código de Processo Civil¹⁰⁸.

Estimulando o aumento de relevância atribuída à função subjetiva do ônus da prova, a colaboração se fortalece na sua condição de elemento nevrálgico processual para a construção da decisão justa¹⁰⁹, servindo assim como base para a dinamização do ônus da prova¹¹⁰. Nas palavras de Carpes, “O ônus dinâmico da prova constitui exemplo dos mais marcantes no que diz respeito à distribuição equilibrada da colaboração entre as partes e o juiz no processo civil brasileiro”¹¹¹.

Em suma, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro é cabível em hipóteses nas quais as regras gerais do ônus probatório estiverem em confronto com os direitos fundamentais que norteiam o processo civil brasileiro, cabendo ao juiz, mediante a utilização do postulado da razoabilidade, estruturar a aplicação dessas normas, flexibilizando o esquema legal e estático quando necessário, dinamizando, assim, o ônus da prova¹¹².

¹⁰⁴ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 185.

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010. V. 1, p. 34-36. Nesse exato sentido, assim pronunciou-se a Terceira Câmara Especial Cível do TJRS, em julgado discutindo implementação de reajustes salariais: “Por óbvio, se está diante de hipótese de dinamização do ônus da prova, de modo a se ver efetivado o direito fundamental à paridade de armas, pois a única prova possível pertinente ao caso dos autos que importa nesse sentido é a de que os reajustes foram implantados, prova essa que deverá caber à parte ré”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70029451481. Apelante: Delvina Tainski Maquer. Apelado: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desa. Maria José Schmitt Sant’anna, 11 ago. 2009. Dje 15 ago. 2009.

¹⁰⁶ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 177.

¹⁰⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

¹⁰⁸ Artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁰⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 44

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 802.832/MG. Recorrente: Ana Maria Guimarães Cruz. Recorrido: Tecar Minas Automóveis e Serviços Ltda. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 13 mar. 2011. Dje 21 set. 2011.

¹¹¹ CARPES, *op. cit.*, p. 163

¹¹² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 137.

Um exemplo que bem se presta para que se compreenda a aplicação da teoria frente às peculiaridades concretas do caso é aquele de responsabilidade civil por erros médicos. Na maioria dos casos, o profissional de medicina possui maiores condições de comprovar os casos que permeiam a demanda, o que foi bem constatado em um dos julgados pioneiros na utilização da dinamização:

Não se ignora a dificuldade de obtenção da prova, sempre que a ação se funda em erro médico. Um arraigado, e equivocado, conceito de ética médica serve a obstaculizar a elucidação dos fatos, levando, no mais das vezes, à improcedência de demandas que visem à responsabilização de profissionais dessa área.

Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a essa seara a denominada Teoria da carga dinâmica da prova, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável, que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.

Pois é na área da responsabilidade médica que o profissional da medicina tem, evidentemente, maiores (se não a única) possibilidades de demonstração dos fatos, que a referida concepção probatória encontra campo largo à sua incidência. Como consequência prática, inverte-se o ônus probatório. O médico é quem deve demonstrar a regularidade de sua atuação.¹¹³

Por fim, faz-se necessário, no ponto, traçar breve esclarecimentos sobre o termo “dinamização” contrapondo-o aquele ainda bastante utilizado por operadores do direito, qual seja, “inversão”.

Na doutrina nacional, há autores que, com efeito, fazem uma distinção entre os dois termos, entendendo-se que por “inversão do ônus da prova”, significa dizer que o ônus é fixamente distribuído pelo legislador (exemplo do artigo 6º do CDC)¹¹⁴.

Todavia, na prática, a técnica é rigorosamente a mesma, uma vez que a própria previsão normativa consumerista depende da aferição dos mesmos critérios para ser aplicada que a dinamização no processo civil¹¹⁵.

¹¹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597083534. Apelante: Celoir Maria da Silva. Apelado: Alexandre Pedroso de Albuquerque Olmedo. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, 03 dez. 1997. Dje 21 jan. 1998.

¹¹⁴ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, n. 246, ago. 2015. p. 89.

¹¹⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 131. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. 2. p. 274-275.

Desse modo, o presente trabalho se coaduna com o entendimento da doutrina que entende que a utilização do termo “dinamização” é a mais adequada, pois se opõe à distribuição estática e não pressupõe a transferência integral do ônus da prova de uma parte à outra. Por “dinamização”, fica mais claro que se compreenda a ideia de flexibilização da regra geral de distribuição, permitindo-se assim se auferir a transferência do ônus probatório apenas a algum ou alguns enunciados fáticos.

2.5 CRÍTICAS À TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

Por fim, faz-se imprescindível, agora, trazer à baila as diferentes críticas apresentadas pela doutrina sobre a dinamização do ônus probatório. Nenhuma apresentação da “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova” seria satisfatória caso se ignorasse as problemáticas voltadas contra sua aplicação.

Nesse sentido, verifica-se, no ponto, que as principais questões levantadas dizem respeito à segurança jurídica, à necessidade e efetividade da técnica de dinamização na ampliação do material probatório, à possibilidade de desrespeito a direitos fundamentais e ao risco consequente da atribuição exacerbada de poder ao magistrado, conforme se passará a expor.

Pois bem. Uma das principais críticas voltadas à dinamização consiste naquela de que sua aplicação incorreria em eventuais violações à segurança jurídica, possuindo a doutrina de Rosenberg grande influência sobre essa ideia. Como referido anteriormente¹¹⁶, o autor alertava pela necessidade de uma aplicação geral para assegurar a “paz jurídica” e eliminar qualquer incerteza entre as partes¹¹⁷.

Na atualidade, verifica-se preocupação semelhante, por parte da doutrina, àquela exposta pelo jurista alemão. Nesse sentido, Vivian Oliveira alerta sobre como o desrespeito às premissas básicas para aplicação da teoria da dinamização pode resultar em um aumento exagerado dos poderes do juiz, tendo como consequência a eventual violação da segurança jurídica¹¹⁸.

¹¹⁶ Ver tópico 2.3.

¹¹⁷ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956. p. 58-60.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 13-16, maio 2014.

De forma semelhante, o entendimento de Vitor de Paula Ramos, ao tratar sobre a experiência da dinamização ainda sob a vigência do CPC/73, referindo-se a esta como “uma solução perigosa e contrária à segurança jurídica” que “seria facilmente reproduzível em outros casos, fazendo da excepcionalidade a ordinariedade”¹¹⁹.

Outro autor que possui entendimento nesse sentido é o jurista gaúcho Araken de Assis. Este defende que a teoria da dinamização do ônus da prova resulta em um exagero do subjetivismo e violação ao contraditório, qualificando-a como “autoritária”¹²⁰.

No entanto, todas as críticas referidas incorrem nos mesmos equívocos, quais sejam, o de não se atentar à mudança de paradigma que ocorreu no processo civil e o de ignorar que a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no Estado Constitucional se dá a partir da adoção dos critérios objetivos apresentados em tópicos anteriores¹²¹.

Como visto anteriormente, o risco advindo da adoção genérica de um fenômeno que é excepcional é um problema constantemente reconhecido pelos defensores da aplicação da teoria¹²². Exatamente por isso afirma-se que sua recepção somente foi possível a partir da adoção de critérios objetivos que garantissem que aquela não fragilizasse os elementos basilares do Estado Constitucional¹²³.

Nesse sentido, as críticas referidas deixam de observar a concepção moderna do devido processo legal, no sentido de que este visa à resolução de conflitos materiais a partir de decisões jurídicas substancialmente devidas, utilizando-se dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade para garantir a observação dos direitos fundamentais¹²⁴.

¹¹⁹ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 99-100.

¹²⁰ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. V. 2, p. 204-210.

¹²¹ Ver tópicos 2.3 e 2.4.

¹²² CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146; KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça para superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

¹²³ Para uma análise crítica e filosófica dos aspectos que permeiam o atual Estado Constitucional de Direito, ver: BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

¹²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 1 v. p. 69-70.

E considerando que o próprio fundamento teórico para a dinamização se encontra na imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais mediante a utilização da razoabilidade¹²⁵, parece claro que, muito antes de possibilitar qualquer eventual violação de direitos fundamentais, a sua devida aplicação tem o condão de assegurar e fortalecer o exercício destes. Ou seja, a teoria foi recepcionada exatamente visando o respeito aos direitos fundamentais.

No que diz respeito ao contraditório, mais especificamente, o que se verifica é que a distribuição dinâmica do ônus da prova, técnica de acepção ancorada na colaboração, tem o condão de tão somente fortalecer aquele em sua dimensão ativa:

O direito fundamental ao contraditório, como sabido, possui duas dimensões bem definidas: além de consistir em direito de informação de tudo o que se passa no processo – dimensão passiva ou “fraca” do contraditório –, constitui direito de influenciar o órgão judicial na formação do juízo. Essa última – a dimensão “ativa” ou “forte” do contraditório – constitui a acepção mais relevante desse direito fundamental, pois implica efetiva participação das partes na construção e, portanto, no conteúdo do provimento que, ao fim e ao cabo, irá atingir o seu patrimônio jurídico. É através da dimensão ativa do contraditório que a democracia, valor tão caro ao Estado Constitucional, espraia-se no processo. As partes têm, mediante o exercício do contraditório, a garantia de que a decisão judicial que toca o seu patrimônio jurídico é forjada com base na sua própria atividade, ou seja, nos seus arrazoados, manifestações, requerimentos, impugnações etc. Por isso que a decisão judicial é produto da *colaboração*.¹²⁶

Como foi referido anteriormente¹²⁷, o ônus dinâmico da prova encontra fundamento no modelo de colaboração adotado pelo processo civil moderno, sendo que tal circunstância, como se verá adiante, foi constatada pelo próprio legislador ao redigir o Código de Processo Civil de 2015.

A atribuição de maiores poderes ao magistrado também segue essa linha, pois ocorre exatamente no sentido de adequar a sua atuação à concepção moderna do processo civil, que consagra a colaboração do juiz com as partes. O fortalecimento do ativismo judicial em hipóteses como a da dinamização encontra fundamento na exigência deste em se atentar às peculiaridades materiais¹²⁸, assim como no seu dever de colaborar com as partes “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”¹²⁹.

¹²⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 200.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 163.

¹²⁷ Ver tópico 2.4.

¹²⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 403-420.

¹²⁹ Artigo 6 do CPC/2015.

Ou seja, o que se verifica, em realidade, é que o ônus dinâmico da prova não consiste em problemática relativa a um poder exagerado do órgão judicial, mas sim na consagração do dever deste em prestar a tutela jurisdicional em conformidade ao processo justo¹³⁰, não mais se admitindo uma postura omissa daquele quando houverem riscos a direitos fundamentais como o da igualdade e o da máxima efetividade probatória¹³¹.

Inclusive, como se verá com mais profundidade posteriormente, a dinamização poderá ser realizada *ex officio* pelo magistrado exatamente porque se exige deste uma postura proativa ao se deparar diante de ameaça ou efetiva fragilização de direitos fundamentais processuais¹³².

Do mesmo modo, tais críticas à dinamização não se atentam à concepção da segurança jurídica em sua natureza de “estabilidade na mudança”¹³³, com a finalidade de instrumentalizar às partes o acesso à uma ordem jurídica materialmente justa¹³⁴.

Assim, a atribuição de maior subjetivismo contido na aplicação da dinamização, em realidade, acaba por adequar o procedimento da distribuição do ônus probatório à concepção moderna e substancial da segurança jurídica, pois é a partir da flexibilização – frisa-se, em caso excepcionais – da regra geral que se possibilitou atingir o fim de proteção efetiva de hipóteses concretas.

Ou seja, não obstante a pertinência das teses influenciadas pelo pensamento de Rosenberg, a crítica voltada à segurança jurídica incorre no equívoco de não compreender a sua concepção que vislumbra como inevitável a necessidade de uma margem de incerteza e insegurança no Direito, para que este não se torne instrumento de estagnação social¹³⁵. A dinamização do ônus da prova, assim, busca, em realidade, fortalecer a segurança jurídica em sua acepção substancial¹³⁶.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V. 1. p. 88.

¹³¹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 160.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. **Revista de Processo**, n. 226, dez. 2013. p. 13-29

¹³³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 309-311.

¹³⁵ THEOPHILO, Cavalcanti Filho. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 162

¹³⁶ A segurança jurídica, em sua acepção substancial, consagra a continuidade do ordenamento jurídico a partir de regras de transição e cláusulas de equidade, visando a proteção de situações subjetivas. Sobre o tema, ver: ÁVILA, *loc. cit.*

Por fim, cabe discorrer acerca da crítica de que a dinamização do ônus da prova não seria efetiva no sentido de produzir estímulos concretos para o aumento da completude do material probatório, crítica esta que se encontra bem representada na obra de Vitor de Paula Ramos¹³⁷.

O autor, partindo de sua já apresentada – e discordada – acepção de que inexistiria a dimensão subjetiva do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, sustenta que a dinamização não traria qualquer benefício ou acréscimo ao material probatório:

Dinamizando o ônus da prova, sem a previsão de um verdadeiro dever, não se estaria, com efeito, a promover uma instrução mais completa do feito, visto que, transferindo o ônus de uma parte para outra, a nova onerada teria sempre a possibilidade (bastante concreta, de resto) de optar licitamente por não levar a prova que lhe é desfavorável a juízo.

[...]

Não obstante, como já salientado, a dinamização sozinha (sem a previsão de um dever de provas), não parece ter o condão de promover uma melhor instrução da causa, tornando o processo mais *apto à busca da verdade* e, por consequência, tendencialmente mais justo. O material probatório, ao que tudo indica, será rigorosamente o mesmo.¹³⁸

Todavia, o entendimento em tela já foi rechaçado em tópicos anteriores¹³⁹, uma vez que, por mais que às partes seja possibilitada a escolha lícita de optar pelo risco de um julgamento desfavorável ao não se desincumbir do ônus da prova que lhe é atribuído, a função subjetiva deste ainda se fará presente, no sentido de produzir estímulos visando à formação do juízo.

E como sustentado pelo próprio Ramos¹⁴⁰, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu poderosas ferramentas ao magistrado para tornar o processo mais equipado à busca da verdade, sendo que para determinadas matérias específicas já existe um verdadeiro dever das partes na produção de provas.

Além disso, como reconhecido por Ramos¹⁴¹, sua proposta de que o legislador venha a promover a construção de mais deveres processuais de produção de provas ainda encontra diversas limitações constitucionais, sendo carente ainda de amplos debates, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial.

¹³⁷ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 97-98.

¹³⁹ Ver tópicos 2.1 e 2.2.

¹⁴⁰ RAMOS, *op. cit.*, p. 87.

¹⁴¹ RAMOS, *op. cit.*, p. 118-122.

Por fim, ainda que se aceitasse por inteira a crítica de Ramos, verifica-se que ela não diminuiria a pertinência da teoria da dinamização. Isso porque o que a teoria propõe é a flexibilização da regra geral da distribuição probatória considerando as peculiaridades materiais de cada caso.

Desse modo, ainda que fosse adotada a proposta do autor, com a utilização de deveres no lugar de ônus, isso não mudaria a circunstância de que a relativização da regra geral ainda seria necessária para adequar a distribuição probatória aos direitos fundamentais processuais. Ou seja, a dinamização do ônus probatório mantém sua relevância, independente da categorização que se defenda.

Assim, ainda que se critique a efetividade da teoria da dinamização do ônus da prova, o fato é que esta consiste, sem sombra de dúvida, em um importante “passo” na busca de uma ampliação do material probatório que se adeque ao devido processo legal substancial, no que diz respeito às materiais residuais que não se enquadrem em hipóteses específicas onde já exista previsão de deveres processuais.

Dessa forma, não obstante esteja sujeita a críticas, a teoria do ônus dinâmico da prova, ao flexibilizar as regras gerais de distribuição, visando a promoção dos direitos processuais fundamentais, consiste, indubitavelmente, em verdadeira conquista na evolução do processo civil moderno.

E como se verá no capítulo a seguir, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova foi consagrada no novo Código de Processo Civil, em seu artigo 373, passando a haver, pela primeira vez, critérios claros positivados que orientam a sua aplicação.

3 A POSITIVAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015

Apresentada a teoria do ônus dinâmico da prova, volta-se, agora, à recepção desta pelo CPC/2015. Desse modo, no primeiro tópico deste capítulo será realizada a análise do texto do artigo 373 do CPC/2015, o qual prevê o ônus dinâmico da prova. Inicialmente, serão rapidamente vislumbradas algumas partes do artigo, as quais, não obstante não tratem do ônus dinâmico da prova, dispõem de aspectos pertinentes para o problema aqui trabalhado.

Em seguida, serão observadas as hipóteses da aplicação do ônus dinâmico na forma em que previstas no artigo, sendo, ao final, debatido se o texto legal observou devidamente os critérios de utilização da técnica conforme vinha sendo aplicada anteriormente à positivação. Ademais, visando realizar uma conexão entre teoria e prática, alguns posicionamentos da jurisprudência serão apresentados no decorrer do trabalho. Ao final, tratar-se-á brevemente de polêmico fenômeno atual, relativo a julgados que vêm se utilizando do ônus dinâmico da prova para fins de inverter os custos de produção da prova pericial.

O segundo tópico deste capítulo fará menção a alguns aspectos relevantes da dinamização do ônus probatório no decorrer do procedimento processual. Aqui serão tratadas algumas questões voltadas à pragmática do processo, como a possibilidade de aplicação da técnica *ex officio* pelo magistrado, o momento processual em que deverá ser proferida a decisão que dinamiza o ônus e quais seriam os recursos cabíveis para impugnar a decisão versando sobre o problema.

Ao final, será debatida a efetiva importância que é possível atribuir à positivação da técnica no CPC/2015. Serão retomados diversos pontos apresentados ao longo do presente trabalho, com o fim de defender a relevância na previsão legal do ônus dinâmico da prova. Conforme se verá, o texto legal esclareceu os critérios de aplicação da técnica, evidenciou o caráter excepcional que esta possui e fortaleceu o poder do magistrado em sua busca de tutelar os direitos das partes por meio de uma solução substancialmente justa.

3.1 AS HIPÓTESES DO ARTIGO 373 DO CPC/2015

A Lei nº 13.105/2015, ou seja, o Código de Processo Civil de 2015, disciplina a distribuição do ônus da prova em seu artigo 373, sendo este expressamente positivado em seu sentido dinâmico nos parágrafos 1º e 2º do artigo.

Desse modo, no presente tópico, será analisado o texto do artigo referido, atribuindo-se especial atenção aos critérios previstos pelo legislador para a aplicação da dinamização do ônus da prova. Assim dispõe o artigo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.¹⁴²

Para fins de esclarecimento, é possível, a partir da leitura do artigo, dividir as suas disposições em três partes diferentes: 1 - o *caput* e seus incisos I e II, em que se prevê o critério geral de distribuição do ônus probatório; 2 - os parágrafos 1º e 2º, que se referem à técnica da dinamização do ônus da prova, propriamente e, por fim; 3 - os parágrafos 3º e 4º, que tratam das hipóteses em que as partes realizam convenção sobre a distribuição do ônus.

Pois bem. No que diz respeito à primeira parte do dispositivo, verifica-se que o legislador entendeu pela manutenção da tradicional regra geral de Rosenberg¹⁴³, sendo a redação do *caput* e de seus respectivos incisos idêntica àquela que dispunha o CPC/73¹⁴⁴.

Ou seja, no novo Código de Processo Civil, o critério geral de distribuição do ônus da prova continua positivado da mesma forma como anteriormente, prevendo que cabe ao autor o ônus de provar suas alegações de fato, e ao réu o ônus de provar as alegações que impeçam, modificam ou extinguem o direito do autor.

¹⁴² Art. 373, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁴³ Ver tópico 2.3.

¹⁴⁴ 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.

Sem querer se estender com demasia no assunto – considerando que o tema do presente trabalho não diz respeito à regra geral e sim à sua exceção – entende-se por *fato constitutivo* como o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Consiste no suporte fático que, “enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular”¹⁴⁵. Quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor que a regra geral incumbe ao réu:

O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

[...]

O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

[...]

O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.¹⁴⁶

Dessa forma, tem-se que o critério geral de distribuição do ônus da prova continua o mesmo, sendo que sua aplicação pode ser verificada pela jurisprudência em um incontável número de casos na vigência do novo Código de Processo Civil¹⁴⁷.

Concluindo o ponto, cabe destacar a pertinência na forma em que o legislador optou por estruturar o artigo 373 do CPC/2015, no sentido de dispor expressamente da regra geral (*caput* e incisos) para, em seguida (parágrafos 1º e 2º), tratar da dinamização do ônus da prova.

Ao fazê-lo de tal forma, o legislador pôs fim a quaisquer dúvidas que poderiam subsistir no sentido de que a teoria do ônus dinâmico da prova consistiria no afastamento absoluto da regra tradicional de atribuição de encargos às partes¹⁴⁸, consagrando-a em sua verdadeira

¹⁴⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 114.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 115-116.

¹⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70074731761. Apelante: João Carlos Sander. Apelada: Circe Maria Sander. Relator: Des Giovanni Conti. Porto Alegre, 01 de novembro de 2018. No mesmo sentido, dentre tantos outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 485.277/PR. Agravante: Banco Pactual S/A. Agravados: Alexandre Coelho Gonçalves e Maristela Fernandes Salermo. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília. 15 dez. 2016. DJe 07 fev. 2017; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelações Cíveis n. 70079369930. Apelante/Apelado: Banco Bradesco S/A. Apelante/Apelado: Vera Regina Fanfa – ME. Relator: Des. Dilso Domingos Pereira. Porto Alegre, 31 out. 2018.

¹⁴⁸ Sobre o - equivocado – receio de que a recepção do ônus dinâmico da prova significaria o afastamento da regra geral de distribuição, ver tópico 2.4.

natureza de flexibilização do critério geral para casos em que a manutenção deste se revelar indevida.

No que diz respeito às previsões do artigo 373 do CPC/2015 referentes às convenções processuais sobre ônus da prova (parágrafos 3º e 4º), estas não são de muita pertinência para o presente trabalho, transbordando o objeto restrito aqui debatido. Todavia, algumas disposições a seu respeito são de interesse para a temática dessa obra, sendo cabível a realização de breves apontamentos.

Primeiramente, não obstante o disposto nos parágrafos referidos se assemelhar ao que já previa o CPC/73¹⁴⁹, a convenção sobre o ônus probatório sofreu efeitos em razão do incremento do poder atribuído às partes pelo novo Código de Processo Civil, em especial no sentido de estipular mudanças no procedimento processual com o fim de ajustá-lo às peculiaridades da causa¹⁵⁰, à luz do que dispõe seu artigo 190¹⁵¹.

Verifica-se, portanto, a existência de expressa previsão, no CPC/2015, da possibilidade de outorga de poderes às partes para o efeito de dinamizar o ônus probatório, alterando a distribuição preconizada pela regra geral mediante convenção estabelecida entre elas antes ou durante o processo judicial¹⁵².

Como bem destacado por Artur Carpes, trata-se de autêntico negócio jurídico processual, “que será admitido desde que satisfeitos os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico, ou seja, a existência de agentes capazes, de objeto lícito e de forma admitida em lei”¹⁵³.

¹⁴⁹ Artigo 333, parágrafo único, CPC/73.

¹⁵⁰ Sobre o tema, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa de processo. **Revista Processo e Constituição**. Porto Alegre, n. 1, dez. 2004; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁵¹ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo

¹⁵² GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 239.

¹⁵³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 155.

Realizadas as necessárias considerações prévias acerca das demais disposições do artigo, passa-se, agora, propriamente, à positivação no direito brasileiro da técnica debatida no presente trabalho¹⁵⁴. Nas palavras de Carpes, o CPC/2015, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 373, “expressamente consagra no processo civil brasileiro o ônus da prova não mais em sentido estático, mas em sentido dinâmico”¹⁵⁵.

Volta-se, assim, à análise dos critérios estabelecidos no texto legal para as hipóteses em que será cabível a dinamização do ônus da prova. Não obstante o texto integral do artigo 373 já ter sido colacionado ao presente trabalho, pede-se licença para que seja realizada nova transcrição daquele, cingindo-se agora à parcela cuja análise aprofundada aqui se pretende, qual seja, à positivação do ônus dinâmico da prova no processo civil brasileiro:

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

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

Da leitura do trecho acima, tem-se que a aplicação do ônus dinâmico será prevista: nos casos previstos em lei; nos casos em que constatada a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte onerada de cumprir o encargo e; nas situações em que verificada a maior facilidade de produção pela parte inicialmente desincumbida pela regra geral do *caput*.

De início, cabe destacar que, ao dispor que as *peculiaridades da causa* poderão impor a modificação do ônus da prova, o legislador deflagra o compromisso de adequar o processo civil e a convicção judicial às particularidades do direito material¹⁵⁶. O texto legal consagra, desse

¹⁵⁴ No ponto, oportuno destacar que, no ano de 2008, buscou-se introduzir um novo parágrafo ao artigo 333 do CPC/73, por meio do Projeto de Lei n. 3.015. A proposta do Projeto de lei era a de facultar ao juiz a inversão do ônus da prova com base nas complexidades da demanda. Não obstante a proposta ter sido rejeitada, cabe destacar que esta não tinha o mesmo motivador da dinamização apresentada no presente trabalho, haja vista que o critério desta não consiste meramente na complexidade da causa. BRASIL. Palácio do Planalto. **Projeto de Lei n. 3.015, de 2008**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>>. Acesso em: 08 nov. 2018. Sobre o assunto, ver: CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

¹⁵⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 116.

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. 2, p. 274.

modo, a observação do já apresentado postulado normativo da razoabilidade¹⁵⁷, na sua acepção de harmonizar a norma geral a casos individuais.

Referidas peculiaridades do caso poderão admitir a modificação do ônus probatório ao se referirem à *impossibilidade ou excessiva dificuldade* de umas das partes em trazer as provas para o processo. Tal circunstância, nota-se, configura o fenômeno da prova diabólica¹⁵⁸. Inclusive, Humberto Pinho, ao discorrer sobre o tema, afirma que diferenciar os termos “impossibilidade” e “excessiva dificuldade” é uma tarefa árdua e desnecessária, ponderando sobre como o legislador poderia ter optado pela utilização apenas da segunda expressão¹⁵⁹.

Desse modo, a previsão diz respeito às hipóteses em que for constatada a hipossuficiência probatória de uma das partes. Destaca-se que referida hipossuficiência não importa um aspecto econômico, mas informacional¹⁶⁰. Todavia, conforme se verá adiante, um interessante fenômeno vem ocorrendo na jurisprudência recente do TJRS¹⁶¹, em que se tem utilizado da dinamização do ônus da prova para inverter o custo de sua produção, tomando-se por base aspectos econômicos.

Carpes destaca que, ao referir que as peculiaridades da causa motivadoras da dinamização do ônus da prova dirão respeito ao fenômeno da *probatio diabolica*, o novo Código de Processo Civil expressamente dispõe que a aplicação da técnica deverá ser mediada com base no direito fundamental à máxima efetividade probatória¹⁶².

Além dessa hipótese, o texto legal prevê que as peculiaridades fáticas poderão gerar a dinamização do ônus da prova quando for constatado que a parte a que este não foi inicialmente atribuído possuir *maior facilidade de obtenção da prova*. Marinoni, Arenhart e Mitidiero discorrem sobre como a disposição se adequa ao conceito de economia processual, no sentido

¹⁵⁷ Ver tópicos 2.3 e 2.4.

¹⁵⁸ Nesse sentido, Didier Jr. conceitua o fenômeno da *probatio diabolica* exatamente na forma em que disposta no §1º do art. 373, CPC, ou seja, como “aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 117.

¹⁵⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 153-17-, dez. 2015.

¹⁶⁰ ROQUE, Nathaly Campitelli. Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo código de processo civil. In: SARRO, Luis Antônio Giampaulo (Coord.) **Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil**. São Paulo. Rideel, 2014. p. 229-235.

¹⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078826492. Agravante: Caixa Seguradora S/A. Agravado: Leonir de Vasconcelo. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 out. 2018.

¹⁶² CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 116.

de que inexistiria razão em se atribuir o ônus à parte diversa daquela que possui facilidade em fazê-lo¹⁶³.

Ademais, ao estabelecer condição no sentido de que a dinamização dependerá da constatação de que a parte desonerada se encontra em posição de vantagem quanto à produção da prova, o dispositivo claramente estabelece o dever do magistrado em promover a paridade de armas, observando a igualdade substancial, no caso¹⁶⁴.

Ao expressamente separar as duas hipóteses (*excessiva dificuldade da parte inicialmente onerada e maior facilidade da outra*), o §1º do artigo 373 acaba por gerar a problemática referente à possibilidade da aplicação da dinamização do ônus probatório partindo-se meramente da constatação de que uma delas estaria presente. Deve-se questionar, portanto: é necessária a presença de ambas as hipóteses para o cabimento do ônus dinâmico da prova?

Para aquele que acompanha o presente trabalho até agora, deve estar suficientemente claro que, por óbvio, a resposta da questão apresentada é positiva.

Tratando-se de técnica que tem como elementos justificadores a igualdade e a máxima efetividade probatória, obviamente que a constatação de excessiva dificuldade da parte em produzir a prova somente permitirá a modificação do ônus quanto a outra tiver a possibilidade de cumpri-lo. Caso contrário, “o que se estaria fazendo é apenas transferindo as consequências da *prova diabólica*”¹⁶⁵, de modo que a dinamização do ônus da prova significaria a “imposição de uma perda e não apenas a transferência de um ônus”¹⁶⁶, configurando em vedação ao acesso à justiça¹⁶⁷.

¹⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. 2. p. 274-276.

¹⁶⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 116.

¹⁶⁵ FERREIRA, William Santos. Das provas e da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1129-1131.

¹⁶⁶ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *op. cit.*, p. 275.

¹⁶⁷ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça para superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 946.

Visando inibir exatamente tal situação que o § 2º do artigo 373 expressamente determina que a modificação do ônus da prova deverá ocorrer somente quando a parte a que este for transferido tiver a possibilidade de suportá-lo, não sendo admissível *gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*.

Nesse exato sentido, em julgado recente do TJDFT, em que a parte autora pretendia indenização em virtude de erro médico contra o Distrito Federal, na qualidade de responsável pela prestação de serviço de saúde pública, o réu interpôs recurso de agravo de instrumento, afirmando, em suma, a ocorrência da *probatio diabólica reversa*¹⁶⁸, sob o argumento que não tinha condições de produzir a prova pericial. O recurso foi desprovido, pois, a partir da análise do caso, verificou-se que tal fenômeno não estava presente, na hipótese. Nesse sentido, o seguinte trecho da decisão:

[...]

1. Em se tratando de ação de indenização em virtude de erro médico, revela-se admissível a inversão do ônus da prova, com base na regra de distribuição dinâmica prevista no art. 373, §1º, do CPC, recaindo sobre o Distrito Federal, na qualidade de responsável pela prestação do serviço de saúde pública, o ônus em demonstrar que todo o serviço médico prestado ocorreu de forma correta, seja por dispor de toda a documentação relacionada ao atendimento médico prestado, ou ainda, diante da nítida hipossuficiência dos requerentes em produzir as provas do alegado erro médico.
2. Não há que se falar em criação de prova diabólica inversa, uma vez que, em momento processual anterior, o Distrito Federal já tinha aquiescido com a indicação de médico da rede pública de saúde para o exercício do encargo de perito, indicando profissional de seus quadros.
3. Embora tenha havido a determinação para o Distrito Federal indicar médico da rede pública para o exercício do encargo de perito, o Ente Público pode plenamente requerer a indicação de outro médico desvinculado da rede pública de saúde, arcando com o valor dos honorários periciais. [...] ¹⁶⁹.

Para as hipóteses em que a prova se revelar impossível ou muito difícil para ambas as partes, ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que a impossibilidade de esclarecimento do fato deverá repercutir em prejuízo para uma delas, cuja responsabilização se dará a partir de outros

¹⁶⁸ O fenômeno da *probatio diabólica reversa* decorre da aplicação indevida da técnica da dinamização. Em outras palavras: quando a transferência do ônus da prova acarreta semelhante dificuldade probatória para a parte contrária. (CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 121).

¹⁶⁹ BRASIL. Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de instrumento n. 07147284320178070000. Agravante: Distrito Federal. Agravados: Joao Pedro Lima Cardoso e Claudiane Cardoso Aragão. Relatora: Desa. Ana Cantarino. Brasília, 12 abr. 2018. Dje 17 abr. 2018.

critérios do direito material, e não somente com base nos previstos no artigo 373 do CPC/2015¹⁷⁰.

Nesses casos, os autores defendem que uma “particularidade da situação de direito material deve demonstrar que a situação de dúvida não deve ser suportada pelo autor ou pelo réu”¹⁷¹.

Nessa linha, é possível encontrar, especialmente em hipóteses envolvendo relações de consumo, julgados em que, não obstante as previsões de dinamização contidas tanto no CPC/2015 quanto no CDC, entendeu-se pela não aplicabilidade da técnica, exatamente em face da constatação de que sua adoção incorreria no fenômeno da *probatio diabólica reversa*¹⁷².

Do mesmo modo, a circunstância daquele inicialmente não onerado possuir condições de produzir a prova, por si só, não é suficiente para o cabimento da dinamização. Isso porque a técnica parte da observação da igualdade substancial¹⁷³, sendo condicionante de sua aplicação a existência de distinções relevantes entre os sujeitos comparados, na perspectiva dos esforços de prova.

Nesse sentido, Ferreira, defendendo a observação conjunta das hipóteses referidas, afirma que a aferição das condições das partes para a produção probatória deve se operar de forma pendular, por atração e repulsão, de modo que o reposicionamento do ônus decorre da repulsa do pêndulo de um lado (*excessiva dificuldade da parte inicialmente onerada*) e atratividade do outro lado (*maior facilidade da outra parte*)¹⁷⁴.

Visando sanar quaisquer dúvidas sobre a questão, Artur Carpes apresenta uma pertinente proposta de aferição para a aplicabilidade dos §§ 1º e 2º do artigo 373, CPC/2015. O

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 275-276.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 275. Nesse sentido, os autores utilizam o exemplo em que uma pessoa morre em uma piscina do clube que frequentava, no qual não havia indicação de inadequação para as pessoas que não saibam nadar, não sendo possível provar, ao final, se a pessoa havia morrido devido ao afogamento ou a suposto colapso.

¹⁷² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078108818. Agravante: Redecard S/A. Agravado: Wagner D’avila. Relator: Des Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, 18 de setembro de 2018. No mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078802998. Agravante: Shopping João Pessoa. Agravada: Eliane Teresinha Oliveira Puglia. Relator: Des Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 24 out. 2018.

¹⁷³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 117.

¹⁷⁴ FERREIRA, William Santos. Das provas e da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1129 – 1131.

autor defende uma interpretação do artigo em que, levando-se em consideração os critérios da igualdade substancial e máxima efetividade probatória¹⁷⁵, duas perguntas devem ser respondidas positivamente, para que seja devida a dinamização do ônus da prova:

A primeira desdobra-se do seguinte modo: “É impossível, ou extremamente difícil, pela parte onerada, a produção da prova de determinado enunciado fático”? Caso respondida de forma positiva, aludido questionamento é seguido de outro, a saber: “É mais fácil, à outra parte, a produção da prova da hipótese contrária ao enunciado fático que se busca esclarecer?”.

Caso a resposta para ambas as perguntas seja “sim” é devida a dinamização do ônus da prova.¹⁷⁶

Assim, muito embora o parágrafo primeiro do artigo 373, CPC/2015 tenha se utilizado da terceira partícula “ou” quanto às hipóteses para a dinamização do ônus da prova, este somente será determinada pela dupla constatação daquelas, não bastando a interpretação isolada do dispositivo para aplicação da técnica.

Quanto à última hipótese de dinamização prevista no parágrafo primeiro do artigo 373, esta diz respeito aos *casos previstos em lei*. No ponto, vislumbra-se o já debatido exemplo relativo à previsão da dinamização (em seu criticável conceito de “inversão”) na forma em que disposta no artigo 6º, VIII, do CDC¹⁷⁷.

Como referido anteriormente¹⁷⁸, a técnica disposta na legislação consumerista é, essencialmente, a mesma que aquela positivada no CPC/2015, dependendo da aferição dos mesmos critérios previstos para a dinamização aqui trabalhada, por mais que estes não tenham sido expressos no texto do Código de Defesa do Consumidor.

Afastando qualquer dúvida a esse respeito, Artur Carpes é enfático ao tratar da disposição do CDC:

¹⁷⁵ Os critérios dizem respeito, respectivamente, ao direito fundamental à igualdade e ao direito fundamental à prova. Como ensina o autor, o critério da igualdade substancial diz respeito à desigualdade entre as partes nos esforços de prova. Já o critério da máxima efetividade probatório trata da ilegítima dificuldade de uma ou ambas as partes na produção da prova. Assim, a dinamização do ônus da prova será determinada pela dupla constatação de ambos os critérios. CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 117-130.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 117.

¹⁷⁷ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

¹⁷⁸ Sobre a previsão da dinamização do ônus da prova na legislação consumerista, ver tópico 2.4.

Trata-se de exemplo de texto normativo do qual é possível adscrever a dinamização do ônus da prova. A disposição nada mais faz do que informar as finalidades que devem ser perseguidas na aplicação das regras sobre o ônus da prova: *a igualdade entre as partes*, na medida em que a dinamização revela-se aplicável tão somente no caso em que é constatada a hipossuficiência do consumidor, e *a máxima efetividade probatória*, na medida em que a dinamização revela-se devida para assegurar a “facilitação da defesa dos seus direitos”, o que equivale a juízo a respeito de eventual dificuldade probatória.¹⁷⁹

Realizados os esclarecimentos necessários sobre as hipóteses de dinamização na forma em que positivada no CPC/2015, convém, antes de finalizar o tópico, retornar à questão anteriormente referida, acerca da utilização da dinamização do ônus probatório com fins de inverter o encargo de arcar com as despesas para a produção da prova.

Trata-se de fenômeno que, não obstante ser recente, é de indiscutível pertinência ao tema do presente trabalho, no sentido de que atribui nova acepção à técnica que aqui se discute, de modo que sua breve menção é necessária.

Conforme foi apontado, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem adotando entendimento no sentido de que é possível aplicar a técnica de modo a inverter os custos de produção da prova pericial. Nota-se que é atribuída uma acepção mais econômica ao sentido de hipossuficiência previamente discutido neste tópico, haja vista que os julgados levam em consideração a efetiva capacidade das partes de custear o encargo¹⁸⁰.

Trata-se de fenômeno jurisprudencial muito recente, que, ao que parece, ainda será objeto de muitos debates, tanto jurisprudenciais quanto doutrinários. Nesse sentido, oportuno destacar que parte da doutrina já manifestou entendimento de que inexistiria relação entre o instituto da dinamização do ônus probatório e a antecipação de despesas com a prova, haja vista que a consequência do não cumprimento do ônus deveria cingir-se no risco de julgamento desfavorável¹⁸¹.

¹⁷⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 115.

¹⁸⁰ Ver: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078826492. Agravante: Caixa Seguradora S/A. Agravado: Leonir de Vasconselo. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 out. 2018.; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70074631698. Agravante: Sul América Cia. Nacional de Seguros. Agravada: Norma Helena Duarte. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 25 out. 2018.

¹⁸¹ Nesse sentido: FERREIRA, William Santos. Das provas e da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital].

Entendimento em sentido semelhante foi exarado em julgado do STJ, ainda no ano de 2009, em que se considerou “supérfluo obrigar o réu a produzir prova cuja apresentação seja de seu exclusivo interesse, pois a sua negativa ou omissão em nada prejudicará o sujeito vulnerável, só o favorecerá em consequência da própria inversão”¹⁸².

Todavia, a respeito do fenômeno em si, parece pertinente apontar que o entendimento que se extrai dos julgados é no sentido de que visam atender aos princípios da economia e celeridade no processo, nos casos em que for constatado que a hipossuficiência da parte “importará na delonga desnecessária da causa”, atribuindo ao ônus dinâmico da prova o aspecto de “regra processual que visa definir, qual parte suportará os custos do adiantamento das despesas para realização de determinada prova necessária a solução do litígio no curso do feito, dentre as quais os honorários periciais”¹⁸³.

Não obstante, o presente trabalho de coaduna com o entendimento exarado pelo STJ no julgado referido acima. À luz do exposto neste trabalho, tem-se que a modificação do ônus da prova não deveria dizer respeito à inversão das custas da prova, mas sim aos riscos derivados de sua não produção. Nesse sentido, considerando que, com a redistribuição do ônus probatório, a parte onerada já sofreria os riscos de uma não produção da prova, parece, realmente, desnecessária a utilização do instituto de tal forma.

De todo modo, é de se atentar à recepção que esse entendimento terá pelos operadores de direito, pois sua eventual adoção no ordenamento jurídico consistiria em circunstância de significativa relevância no desenvolvimento do tema aqui debatido.

Finalizando o tópico, entende-se que a positivação da teoria da dinamização do ônus da prova no direito brasileiro foi realizada de forma adequada, pois, como se constatou da análise realizada dos §§ 1º e 2º do artigo 373, CPC/2015, o texto legal foi fiel em observar os critérios objetivos que a determinam, estabelecendo sua previsão para os casos específicos em que, a

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n 1.0988.876-SP. Agravante: Companhia Paulista de Força e Luz CPFL. Agravada: Cleide Aparecida Morais Clemente. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 08 set. 2009. DJe 26 abr. 2011.

¹⁸³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078826492. Agravante: Caixa Seguradora S/A. Agravado: Leonir de Vasconcelo. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 out. 2018.

partir da utilização do postulado da razoabilidade, se constatar a necessidade de flexibilização da regra geral para proteção dos direitos fundamentais do processo civil.

Passa-se, agora, à análise do procedimento do ônus dinâmico da prova na pragmática.

3.2 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCEDIMENTO PROCESSUAL

No presente tópico, serão debatidas algumas questões sobre o procedimento da dinamização do ônus probatório na pragmática. Apresentadas as hipóteses que o texto legal prevê para a técnica, cabível agora discorrer sobre como o instituto será aplicado – e impugnado – no decorrer do processo, conforme as disposições do CPC/2015.

Muito bem. Primeiramente, cabe apontar que a aplicação do ônus dinâmico da prova pode – e deve – ser realizada *ex officio* pelo magistrado quando este constatar estar-se diante de hipótese do §1º do artigo 373, CPC/2015¹⁸⁴.

Como foi referido ao tratar das críticas à adoção da técnica em tópico anterior¹⁸⁵, o processo civil moderno consagra a colaboração do juiz com as partes “para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”¹⁸⁶.

Desse modo, não sendo aceitável uma postura omissa do magistrado quando constatada a possibilidade de violação dos direitos fundamentais à igualdade e à prova¹⁸⁷, por óbvio que este deverá determinar *ex officio* a dinamização quando necessário¹⁸⁸, *desde que o faça por decisão fundamentada*¹⁸⁹.

O ônus dinâmico da prova independe, portanto, de requerimento formulado pela parte: constatada a presença dos requisitos, o órgão judicial tem o dever de promover a dinamização, deslocando o ônus da prova de uma parte à outra através de decisão analiticamente fundamentada.¹⁹⁰

¹⁸⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 125-126.

¹⁸⁵ Ver tópico 2.5.

¹⁸⁶ Artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁸⁷ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016. p. 88.

Sobre o dever de colaboração do magistrado em relação à dinamização do ônus da prova nas relações de consumo, ver: SILVA, Bruno Freire e. A inversão judicial do ônus da prova no CDC. **Revista de Processo**, n. 146, p. 340, abr. 2007.

¹⁸⁹ Artigo 373, §1º, CPC/2015.

¹⁹⁰ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 161.

Verifica-se, ainda, a exigência de que a distribuição dinâmica do ônus da prova seja feita em decisão motivada. Tal necessidade de motivação para a decisão que redistribua o ônus da prova é um imperativo do artigo 93, IX, da Constituição Federal. O convencimento do juiz, embora livre, como determina a lei, deve estar balizado pela racionalidade, adstrito às provas produzidas nos autos. Para garantir isto é que existe a determinação de fundamentação das decisões. Na lição de Fredie Didier Jr:

Para além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é a de distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos probatórios alterados.¹⁹¹

Da mesma forma, a dinamização do ônus da prova poderá ser a partir de requerimento das partes¹⁹², o que também encontra fundamento no modelo de colaboração pelo processo civil brasileiro em sua acepção moderna¹⁹³.

Assim como o juiz deve fundamentar a aplicação da dinamização, o requerimento das partes deverá ser fundamentado de modo concreto. Sobre a fundamentação do requerimento, afirma Carpes que as partes deverão:

i) apontar qual o enunciado fático depende da dinamização do ônus da prova para ser provado e ii) demonstrar as razões pelas quais, naquela hipótese específica, à luz das suas particularidades, a atribuição ordinária do ônus da prova revela violação à igualdade e à máxima efetividade probatória, o que equivale a racionalmente demonstrar que, a *contrario sensu*, à parte adversa não é impossível, ou excessivamente difícil, produzir a contraprova relativa a determinado enunciado fático.¹⁹⁴

No que diz respeito ao momento processual para a dinamização do ônus da prova, trata-se de questão que foi objeto de muitos debates, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, desde que a técnica foi recepcionada no Direito Brasileiro.

À época do advento do Código de Defesa do Consumidor, a opinião majoritária a respeito do tema era a de que o momento adequado para a aplicação do ônus dinâmico da prova

¹⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 127.

¹⁹² *Ibidem*. p. 125-126.

¹⁹³ Sobre a colaboração das partes no modelo novo do processo civil brasileiro, ver: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa de processo. **Revista da Ajuris**, n. 90. Porto Alegre: Ajuris, 2003; MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁹⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC**: do estático ao dinâmico. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 163.

seria o do julgamento da causa¹⁹⁵, sob o fundamento de que “as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato a respeito da solução a ser dada à causa”¹⁹⁶.

Conforme facilmente se extrai do parágrafo acima, referido entendimento tomava por base a função objetiva do ônus da prova, em sua acepção de regra de julgamento para evitar o *non liquet*¹⁹⁷, de modo que sua dinamização deveria se dar no momento da sentença.

Nesse sentido, tal posição da doutrina foi acolhida em diversos julgados, tendo, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça encampado referida orientação nos Recursos Especiais n. 203.225¹⁹⁸ e n. 422.778¹⁹⁹.

De forma diversa, outra parcela da doutrina, impulsionada pelo aumento de relevância atribuído ao ônus da prova em seu aspecto subjetivo,²⁰⁰ impugnava o entendimento exposto nos parágrafos anteriores, sustentando que as partes deveriam estar cientes, a partir da dinamização, “da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas²⁰¹”.

Segundo esse entendimento, defendia-se, portanto, que o ônus da prova deveria ser dinamizado em momento processual no qual houvesse efetiva possibilidade da parte onerada de desincumbir-se do encargo, uma vez que, aplicando-se a técnica somente na sentença, não

¹⁹⁵ Entre os que defendiam essa opinião: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3. p. 81-82; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev. ampl. e atual. até 13 jul. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 727; MATTOS, Sérgio Luis Wetzel. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 51.

¹⁹⁶ WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

¹⁹⁷ Sobre a função objetiva do ônus da prova, ver tópico 2.2

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 203.225/MG. Recorrente: Fiat Automóveis S.A. Recorrido: Ronaldo Salgado. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 02 abr. 2002. DJ 05 ago. 2002.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 422.778/SP. Recorrente: SPA/IPA S.A. Industria Brasileira de Bebidas. Recorrido: Francisco Ferraz Caldas Filho. Relator: Min. Nancy Andriighi. Brasília, 19 jun. 2007. DJ 19 jun. 2007.

²⁰⁰ Sobre a função subjetiva do ônus da prova e da maior relevância que lhe foi atribuída pela doutrina, ver tópico 2.2.

²⁰¹ MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 31, p. 69, jul./set. 1999.

seria respeitado o direito fundamental à máxima efetividade probatória e, por conseguinte, todos os demais direitos processuais fundamentais relacionados a este²⁰².

Em sua obra, Artur Carpes aponta com excelência os problemas na dinamização do ônus probatório somente no momento da decisão final com base no fundamento de que este constitui “regra de julgamento”:

O momento mais adequado para syndicar a questão da dinamização do ônus da prova, no entanto, é extremamente relevante. Não se revela tolerável, diante do direito fundamental ao processo justo, que a alteração da disciplina ordinária dos ônus probatórios – o coração do procedimento probatório – ocorra a qualquer momento no processo. Isso porque a imposição de ônus, mormente o de caráter probatório, implica significativa modificação quanto ao exercício da posição jurídica exercida pela parte no processo.

[...]

Caso o juiz surpreenda as partes com a determinação da dinamização do ônus da prova apenas na sentença, isto é, sem outorgar o direito de prévia manifestação a respeito da questão, estará violando o direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LV, CRFB)

[...]

Dinamizar o ônus da prova na sentença significa atribuir ônus probatório impossível de ser cumprido e, portanto, implica violar o direito fundamental à prova.

[...]

Afirmar que a dinamização deve ocorrer na sentença porque constitui “regra de julgamento” revela equívoco de raciocínio lógico do intérprete. A aplicação da regra (de julgamento) do ônus da prova não se confunde com a eventual dinamização do ônus da prova. Dinamizado ou não o ônus da prova, o juiz aplicará a regra de julgamento acaso não esteja convencido sobre os enunciados fáticos alegados pela parte onerada. Não é, portanto, porque o ônus da prova exerce função de regra de julgamento que a sua eventual dinamização deve ocorrer na sentença.²⁰³

Sob a influência desse entendimento, passou-se a encontrar exemplos dessa orientação em julgados de diferentes tribunais²⁰⁴, nos quais entendia-se que a dinamização do ônus da

²⁰² Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 418-420; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 84-88; CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 134-140; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169-177; CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 33-38.

²⁰³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC**: do estático ao dinâmico. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 171-175.

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 540.235/SP. Recorrente: Emílio Athiê. Recorrido: Oliveira Silva Taxi Aéreo LTDA. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 07 fev. 2006. DJ 03 mar. 2006; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70014109565. Agravante: Renato de Ré. Agravado: Brasil Telecom S/A. Relator: Pedro Celso Dal Prá. Porto Alegre, 20 nov. 2006.

prova deveria ocorrer na fase de saneamento do processo, ou seja, entre as subfases postulatória e instrutória da fase de conhecimento do processo.

Pois bem. O Novo Código de Processo Civil buscou resolver, ainda que em algum grau, o problema. No artigo 373, §1º, é expressamente previsto que, nas hipóteses de dinamização, o magistrado “*deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*”²⁰⁵. Já no artigo 357, III, o legislador foi específico ao determinar que, dentre as providências de saneamento e organização do processo, deve o juiz “*definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373*”²⁰⁶.

Dessa forma, o texto legal atribui à decisão de saneamento como o melhor momento processual para aplicar a técnica. Ao fazê-lo da tal forma, o novo CPC consagra a função do ônus da prova como regra de procedimento e não só como de julgamento, concretizando, assim, o princípio do contraditório²⁰⁷.

Todavia, como bem ensina Ferreira, tal disposição não é inflexível, sendo que a dinamização poderá ocorrer não só “*previamente à instrução, mas durante e até mesmo posteriormente*”²⁰⁸, desde que, na forma em que disposto do artigo 373, §1º, permita às partes, a partir de sua aplicação, cumprir com seus ônus e, assim, participar adequada e efetivamente da construção da decisão judicial²⁰⁹.

Conclui-se, assim, que não obstante indicar como o melhor momento da redistribuição o da decisão de saneamento e organização do processo, o novo Código de Processo Civil estabelece que a dinamização do ônus da prova poderá ocorrer a qualquer momento, “*desde que se permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído*”²¹⁰.

²⁰⁵ Art. 373, §1º do Código de Processo Civil de 2015.

²⁰⁶ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 [...]

²⁰⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 84-88; CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 127; FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971 p. 267-279, set. 2016.

²⁰⁸ FERREIRA, William Santos. Das provas e da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1132-1133.

²⁰⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 178.

²¹⁰ DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, *loc. cit.*; CARPES, 2010, *loc. cit.*

Por fim, cabe finalizar o presente tópico discorrendo sobre qual seria o recurso cabível contra a decisão que versar sobre a dinamização do ônus probatório.

O CPC/2015, em seu artigo 1015, XI, expressamente estabelece o cabimento de agravo de instrumento para impugnar as decisões interlocutórias que versarem sobre a *redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º*²¹¹. Conforme ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, a disposição elimina qualquer dúvida de que o agravo de instrumento constitui o recurso cabível contra a decisão interlocutória que deixa de aplicar a dinamização diante de requerimento da parte nesse sentido, não sendo o recurso restrito às hipóteses em que a técnica for efetivamente aplicada²¹².

Não obstante, caso a dinamização vier a ser aplicada, ainda que de forma equivocada, em sentença, sem que tenha sido oportunizada à parte onerada se desincumbir do ônus probatório, por óbvio que o recurso cabível será o de apelação, na forma em que disposto no artigo 1.009 do Código de Processo Civil²¹³.

A questão relativa aos recursos ganha contornos mais complexos ao analisar o acesso a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça para discutir a ônus dinâmico da prova. Isso porque, de uma equivocada identificação da natureza preponderante da questão trazida a debate, pode-se acabar enquadrando-a como “questão de fato” e não “questão de direito”, atraindo, assim, a censura prevista na Súmula nº 7 do STJ²¹⁴, que afasta a possibilidade de reexame de provas pela Corte Superior²¹⁵.

²¹¹ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
[...]

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º [...].

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1091.

²¹³ Art. 1.009 do Código de Processo Civil de 2015.

²¹⁴ Súmula 7 do STJ:

A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

²¹⁵ Para uma análise aprofundada a respeito da questão de fato e de direito em sede de recurso especial, ver: KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Nesse sentido, é possível encontrar diversos julgados pelo STJ²¹⁶, especialmente tratando de casos de matéria consumerista, nos quais o conhecimento do Recurso Especial versando sobre a dinamização encontrou óbice sob o fundamento de que se estaria violando a Súmula nº 7:

Em relação ao artigo 6º, VIII, do CDC, veja-se que esta Corte firmou entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova fica subordinada ao critério do julgador quanto às condições de verossimilhança da alegação e de hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiência e de exame fático-probatório. Verificar se tais condições encontram-se presentes implicaria incursão na seara das provas presentes nos autos, providência inviável diante do óbice do enunciado n. 7 da Súmula/STJ.²¹⁷

Nada obstante, a Corte Superior vem buscando melhores critérios para facilitar a identificação da natureza dos casos que lhe são apresentados. Nesse sentido, em diversos julgados, o STJ apresenta a diferenciação entre “reexame da prova”, inadmitido em sua instância, de “reavaliação da prova”, cujo exame seria admitido:

A reavaliação da prova constitui em atribuir o devido valor jurídico a fato incontroverso, sobejamente reconhecido nas instâncias ordinárias, prática admitida em sede de recurso especial, razão pela qual não incide o óbice previsto no Enunciado nº 7/STJ.²¹⁸

Marinoni e Arenhart são elucidativos sobre o assunto, ao ensinar que a decisão sobre a dinamização do ônus da prova não se confunde com a formação da convicção judicial:

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 1.332.494/RJ. Agravantes: Antonio Ferreira Dias e outros. Agravado: Telemar Norte Leste S.A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 set. 2012. DJe 27 set. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 740.426/RJ. Agravante: Paulo Serodio Mello. Agravada: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Celso Limongi. Brasília, 15 mar. 2011. DJ 06 abr. 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 662.891/PR. Agravante: Caixa Econômica Federal – CEF. Agravada: Soeli Pfeifer de Almeida e cônjuge. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 26 abr. 2005. DJ 16 maio 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 70.866/GO. Agravante: Rui Edson de Oliveira. Agravado: Banco Bradesco S.A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 mar. 2012. DJe 20 mar. 2012.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.314.085-RJ. Agravante: Eliana Pessanha. Agravado: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Min. Massami Uyeda. Brasília, 25 nov. 2010. DJe 01 dez. 2010.

²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.369.571/PE. Recorrente: Ricardo Zarattini Filho. Recorrido: Diário de Pernambuco S/A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Relator p/ Acórdão: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 set. 2016. DJe 28 out. 2016. Nesse mesmo sentido: “A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 683.702/RS. Recorrente: Fischel Báril. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Feliz Fischer. Brasília, 01 mar. 2005. DJe 02 maio 2005); Ainda nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.617.550/SC. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Paulo Cesar Fogaça. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 23 ago. 2016. DJe 26 ago. 2016.

Decidir sobre a inversão do ônus da prova requer a consideração do direito material e das circunstâncias do caso concreto, ao passo que a formação da convicção nada mais é que a análise da prova e dos demais argumentos. Inverte o ônus da prova não está sequer perto de formar a convicção com base nas provas. Assim, o recurso especial pode afirmar que a decisão que tratou do ônus da prova violou a lei, o que evidentemente não requer o exame das provas.²¹⁹

De toda forma, cabe deixar claro que “nada obstante tenha por função aquilatar o juízo de fato, o ônus da prova constitui questão de direito”, sendo que “nada impede que a interpretação e a aplicação das regras do ônus da prova venham a ser tema sindicado pelo Superior Tribunal de Justiça”²²⁰. Assim, a questão da dinamização do ônus da prova pode, sim, ser examinada pelo STJ, desde que sua admissibilidade esteja pautada pela função atribuída à Corte Superior²²¹.

3.3 A IMPORTÂNCIA DA POSITIVAÇÃO

Diante de todo o exposto, cabe concluir o presente capítulo tratando da efetiva relevância atribuída à positivação do ônus dinâmico da prova no direito brasileiro. Considerando que a técnica já vinha sendo aplicada anteriormente ao Código de Processo Civil de 2015, parece apropriado traçar breves comentários sobre a importância da sua previsão no texto legal.

Pois bem. À luz de tudo que foi exposto até o momento, por óbvio que o CPC/2015 não criou a técnica da dinamização no direito brasileiro, tendo apenas promovido a sua positivação no texto normativo. O ônus dinâmico da prova já vinha sido utilizado há muito mais tempo, constituindo técnica que visava adequar o procedimento probatório ao processo civil moderno, pautado na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais mediante a utilização do postulado normativo aplicativo da razoabilidade²²².

²¹⁹ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 404-408.

²²⁰ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC**: do estático ao dinâmico. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 191.

²²¹ Nesse sentido, ver: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²²² CARPES, *op. cit.*, p. 200.

Dessa forma, considerando que “sequer existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei”²²³, é possível, realmente, atribuir relevância à positivação do instituto? No entender do presente trabalho, parece claro que sim.

Primeiramente, porque é somente a partir da previsão no novo Código de Processo Civil que se tornaram claros os critérios que orientam a utilização da técnica.

Nesse sentido, basta retomar o referido no capítulo anterior, a respeito das críticas da doutrina acerca da teoria da dinamização do ônus da prova²²⁴. Como foi debatido, estas não se atentavam à mudança de paradigma que ocorreu no processo civil e ignoravam que a devida aplicação do ônus dinâmico da prova se dá a partir de critérios objetivos que não fragilizem as estruturas elementares do Estado Constitucional de Direito.

E, conforme verificou-se no primeiro tópico do presente capítulo, a previsão do ônus dinâmico no texto legal foi realizada de forma adequada, pois sua redação dispõe devidamente sobre o seu caráter de técnica excepcional voltada à proteção dos direitos fundamentais do processo civil²²⁵. Nas palavras de Didier Jr, “a técnica é consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação”²²⁶.

A positivação do ônus da prova, assim, eliminou as dúvidas restantes sob esse aspecto, afastando qualquer entendimento equivocado que ainda pudesse haver no sentido de que a técnica não se coadunaria com o Processo Civil Brasileiro. Artur Carpes não poderia ser mais específico sobre o ponto, ao dispor que a previsão da dinamização contida nos parágrafos 1º e 2º do art. 373 do CPC/2015 é “louvável não apenas para tornar claros os critérios que orientam a sua aplicação, mas especialmente para aqueles que ainda praticam o direito processual civil com o vezo inspirado na legalidade restrita”²²⁷.

Assim, tem-se que a previsão normativa da dinamização do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil é uma conquista, pois o regramento expressamente desenvolve a ideia

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 273.

²²⁴ Ver tópico 2.5.

²²⁵ Sobre como a redação dos §§ 1º e 2º do artigo 373 devidamente se atentou à utilização da razoabilidade para a aplicação da técnica voltada à proteção dos direitos fundamentais, ver tópico 3.1.

²²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v. p. 127.

²²⁷ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 200.

de que a produção de provas deverá estar pautada em princípios constitucionais como os do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da igualdade.

Ademais, como também já foi referido²²⁸, o artigo 373, na forma em que estruturado, acabou pondo fim a quaisquer dúvidas que ainda persistissem quanto ao caráter excepcional do ônus dinâmico da prova, técnica que visa promover o direito fundamental à máxima efetividade probatória, não havendo mais falar de que este significaria o afastamento completo do critério geral de distribuição do ônus da prova.

Nesse sentido, Neves é enfático ao elogiar o disposto no artigo, afirmando que “a nova sistemática de distribuição do ônus da prova serve para facilitar a produção da prova, e não para fixar a priori vencedores e vencidos”²²⁹.

Desse modo, tem-se que o ônus dinâmico da prova foi positivado em sua verdadeira natureza de exceção à regra geral de distribuição, sendo cabível tão somente para hipóteses excepcionais com o intuito de inibir a violação dos direitos fundamentais das partes.

Ainda, a previsão normativa consagra o modelo de colaboração do processo civil moderno, fortalecendo o ativismo judicial em seu dever de prestar a tutela jurisdicional em conformidade ao processo justo, atentando-se ao direito material ao colaborar com as partes. Nada obstante, parte da doutrina expressa receio no sentido de que a positivação da técnica venha a limitar o poder do magistrado, ao invés de fortalece-lo:

Da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são uniformes. A suposição de que a inversão do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à ideia de que essa, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes.

Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar em abstrato o poder do juiz, mas sim controla-lo intersubjetivamente por meio de razões invocadas para interpretação e aplicação das normas, e isso não pode ser feito apenas mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas.²³⁰

Todavia, tal receio diria respeito à uma interpretação equivocada do magistrado sobre o conteúdo do artigo 373 do Código de Processo Civil. Conforme exposto anteriormente²³¹, a

²²⁸ Ver tópico 3.1.

²²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital].

²³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 273.

²³¹ Sobre a regular interpretação do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 373, ver tópico 3.1.

regular aplicação da técnica deverá partir de uma interpretação do artigo pautada pelos critérios da igualdade substancial e máxima efetividade probatória, mediante a utilização da razoabilidade.

Assim, no entender deste trabalho, a devida aplicação do ônus dinâmico da prova, na forma em que positivado, tão somente virá a expandir o poder do magistrado de uma forma positiva, pois este passa a ter a seu dispor regramento que lhe permite alterar as disposições sobre o ônus da prova quando a situação de direito material assim o exigir, sempre em busca de uma solução justa ao processo.

Vitor de Paula Ramos, na sua – já apresentada - visão pessimista sobre o tema²³², sustenta, em sua obra, que a experiência jurídica após o advento do CPC/2015 não daria “muito estímulos, até o momento, para que se siga acreditando na dinamização do ônus da prova como elemento para aumento da completude tendencial do material probatório”²³³.

Todavia, tal conclusão parte de entendimento que já foi rechaçado em tópicos anteriores²³⁴, no sentido de que o ônus da prova não seria capaz de efetivamente produzir estímulos visando à formação do juízo. Ademais, como também já foi referido²³⁵, a crítica apresentada na obra de Ramos não diz respeito à dinamização propriamente, mas sim à utilização de um “ônus” ao invés de um “dever”. Por fim, verifica-se que o próprio Ramos se posiciona a favor da positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova, defendendo que a ausência de previsão legal “parece uma solução perigosa”²³⁶.

Em suma, a positivação da dinamização do ônus da prova esclareceu a natureza auxiliar e excepcional da técnica, na sua acepção de instrumento que permitirá ao magistrado uma melhor condução do processo, adequando este ao direito material da demanda, em seu dever de proteger os direitos fundamentais das partes.

²³² Sobre as críticas de Ramos a respeito da utilização de “ônus” ao invés de “dever”, na busca de propiciar maior completude do material probatório, ver tópicos 2.1, 2.2 e 2.5.

²³³ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 98-99. Ainda nesse sentido, o autor apresenta, em sua obra, pesquisa jurisprudencial feita em alguns dos principais tribunais brasileiros, cujo resultado, na sua acepção, demonstraria que “a dinamização vem tendo aplicação bastante tímida nos tribunais”. Todavia, há de se destacar que tal conclusão se dá a partir da premissa de que inexistiria a função subjetiva do ônus da prova, no sentido de estimular as partes na formação do juízo. Ainda, cabe destacar que a pesquisa realizada excluiu demandas consumeristas, bem como levou em consideração exclusivamente a juntada do material probatório após a dinamização para constatar a relevância dos julgados.

²³⁴ Sobre o debate acerca da existência da função subjetiva do ônus da prova, ver tópico 2.2.

²³⁵ Ver tópico 2.5.

²³⁶ RAMOS, *op. cit.*, p. 99.

4 CONCLUSÕES

À luz de todo o exposto no presente trabalho, restou demonstrado que a dinamização do ônus da prova constitui instrumento à disposição do magistrado, que lhe permite, nas hipóteses em que a manutenção da regra geral de distribuição probatória estiver em confronto com os direitos fundamentais do processo civil, flexibilizar o esquema legal e estático, onerando o sujeito processual que inicialmente não deveria se desincumbir do ônus, diante da constatação de desigualdade na capacidade probatória das partes.

Nesse aspecto, a devida aplicação da técnica deverá ser realizada por meio do exame da razoabilidade, em sua função de harmonizar a norma geral ao caso concreto, com vistas a inibir a violação de direitos fundamentais como o da igualdade e da máxima efetividade probatória.

Também foi demonstrado que a adoção da teoria do ônus dinâmico da prova no direito brasileiro foi enormemente influenciada pelos ensinamentos da doutrina argentina, tendo sido possibilitada a partir da necessidade de conformação constitucional do procedimento probatório em meio à consagração do devido processo legal em sua dimensão substancial.

Assim, tem-se que a recepção da técnica harmonizou a distribuição probatória com os elementos basilares da concepção moderna do processo justo, atentando-se à segurança jurídica em sua acepção substancial, à consagração do dever de colaboração entre partes e juiz no processo civil, à dimensão ativa do contraditório e ao fortalecimento do ativismo judicial no seu dever de prestar a tutela jurisdicional em conformidade ao devido processo legal, que busca a resolução de conflitos materiais a partir de decisões jurídicas substancialmente devidas.

Quanto à positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova, viu-se que esta se deu de forma adequada, tendo o legislador se atentado aos critérios de aplicação da técnica, assim como às suas limitações.

Nesse sentido, verifica-se, inicialmente, que o texto legal expressamente prevê o ônus dinâmico da prova em seu caráter subsidiário, de exceção à regra geral. O critério geral de Rosenberg relativo à distribuição do ônus probatório foi mantido (art. 373, *caput*), tendo o CPC/2015 consagrado a dinamização em sua verdadeira natureza de relativização do esquema legal, utilizável tão somente em casos excepcionais nos quais sua manutenção se revelar indevida frente aos direitos processuais das partes.

Ademais, restou demonstrado que a redação dos §§ 1º e 2º do artigo 373 do CPC/2015 efetivamente observou os elementos da igualdade e máxima efetividade probatória como justificadores para aplicação da técnica. Como referido anteriormente, a previsão da *impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção da prova* consiste em disposição clara de que o ônus dinâmico visa concretizar o direito fundamental à máxima efetividade probatória. Da mesma forma, ao dispor da necessidade de constatação de que a parte inicialmente não onerada possui *maior facilidade de obtenção da prova*, o novo Código de Processo Civil expressamente estabelece que a aplicação da técnica será mediante a observação da igualdade substancial para promover a paridade de armas.

Desse modo, conclui-se que o texto legal foi fiel em se atentar aos critérios objetivos que determinam a dinamização do ônus probatório, prevendo-a para as hipóteses específicas de direito material em que, mediante a utilização do postulado da razoabilidade, for constatada a necessidade de flexibilização da regra geral para proteger os direitos fundamentais do processo civil.

Também se viu que, ao longo do procedimento processual, a utilização do ônus dinâmico da prova sempre prescindirá de fundamentação motivada, seja pelo magistrado ao decidir pela sua aplicação, seja pela parte ao requerer a técnica, seja, ainda, por convenção de ambas as partes. Sua aplicação será, assim, condicionada à exposição do preenchimento dos requisitos contidos na redação do artigo 373, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

Ainda, tem-se que, não obstante o novo Código de Processo Civil não tenha expressamente estabelecido um momento processual restrito para a aplicação do ônus dinâmico da prova, este atribuiu à decisão de saneamento como o melhor momento para tanto. O que se extrai no ponto é a intenção do legislador em priorizar a necessidade de que seja possibilitado à parte se desincumbir do ônus que recém lhe foi atribuído, ao dispor no texto legal sobre o momento processual de aplicação da técnica.

Por fim, conclui-se que a previsão legal da dinamização do ônus da prova significou fenômeno de incontestável relevância no âmbito do processo civil. A partir da positivação da técnica, o Direito Brasileiro passa a dispor de regramento que expressamente estabelece que a distribuição do ônus probatório deverá se dar em conformidades aos elementos basilares do Estado Constitucional. Consagra-se, assim, um sistema de produção probatória no qual a atenção a princípios constitucionais é normativamente prevista.

Da mesma forma, fortalece-se o ativismo judicial, em seu dever de tutelar o direito das partes em conformidade ao devido processo legal na sua dimensão substancial. O processo civil conta, agora, com um órgão judicial que tem a seu dispor previsão expressa no texto legal de um instrumento auxiliar que lhe permitirá conduzir a demanda de maneira mais adequada, com o intuito de, ao final, proferir uma decisão jurídica substancialmente devida.

Em meio à concepção moderna mais fluída do direito que atualmente se vivencia, na qual a observação da razoabilidade é imprescindível para a prestação de uma tutela jurisdicional em conformidade ao processo justo, a positivação do ônus dinâmico da prova configura um novo passo na direção de um processo civil que visa uma efetiva promoção dos direitos fundamentais das partes. É, portanto, um marco recente no desenvolvimento do processo civil brasileiro, que diz respeito a aspecto nevrálgico deste: o procedimento probatório.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo:** posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Do formalismo no processo civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa de processo. **Revista Processo e Constituição.** Porto Alegre, n. 1, dez. 2004.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa de processo. **Revista da Ajuris,** n. 90. Porto Alegre: Ajuris, 2003.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Segurança jurídica:** entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Teoria do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2017.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales.** Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971. V. II.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. Projeto de Lei n. 3.015, de 2008. **Planalto**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>>.
Acesso em: 08 nov. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 374.981/RS. Recorrente:
Industria de Papelão e Artefatos. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min.
Celso de Mello. Brasília, 28 mar. 2005. DJe 08 abr. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 619.148/MG. Recorrente: Banco
Rural S/A. Recorrido: Indústrias reunidas de Colchões Ltda e outros. Relator: Min. Luis
Felipe Salomão. Brasília, 20 maio 2010. Dje 01 jun. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 1.314.085-RJ.
Agravante: Eliana Pessanha. Agravado: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Min. Massami
Uyeda. Brasília, 25 nov. 2010. DJe 01 dez. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n 1.0988.876-
SP. Agravante: Companhia Paulista de Força e Luz CPFL. Agravada: Cleide Aparecida
Morais Clemente. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 08 set. 2009. DJe 26 abr. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.369.571/PE. Recorrente: Ricardo
Zarattini Filho. Recorrido: Diário de Pernambuco S/A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas
Cueva. Relator p/ Acórdão: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 set. 2016. DJe 28
out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.617.550/SC. Recorrente:
Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Paulo Cesar Fogaça. Relator:
Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 23 ago. 2016. DJe 26 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 683.702/RS. Recorrente: Fischel
Báril. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Feliz Fischer. Brasília, 01 mar.
2005. DJe 02 maio 2005.

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

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

_____. Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de
instrumento n. 07147284320178070000. Agravante: Distrito Federal. Agravados: Joao Pedro
Lima Cardoso e Claudiane Cardoso Aragão. Relatora: Desa. Ana Cantarino. Brasília, 12 abr.
2018. Dje 17 abr. 2018.

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

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 422.778/SP. Recorrente: SPA/IPA S.A. Industria Brasileira de Bebidas. Recorrido: Francisco Ferraz Caldas Filho. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 jun. 2007. DJ 19 jun. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 540.235/SP. Recorrente: Emílio Athiê. Recorrido: Oliveira Silva Taxi Aéreo LTDA. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 07 fev. 2006. DJ 03 mar. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 740.426/RJ. Agravante: Paulo Serodio Mello. Agravada: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Min. Celso Limongi. Brasília, 15 mar. 2011. DJ 06 abr. 2011.

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

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

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

BRUNETTI, Giovanni. **Norme e regole finale nel diritto**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1913.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

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

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Saraiva, 1946.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Vol. II. Padova: CEDAM, 1933.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

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

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 2 v.

_____. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 1 v.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. III. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3.

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

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

FERREIRA, William Santos. Das provas e da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários do código de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

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

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

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O conceito de prova e a noção do objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil. **Revista de Direito Processual Civil**, n. 15, Curitiba, Genesis, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do controle da insuficiência de tutela normativa aos direitos fundamentais processuais. **Revista de Processo**, n. 226, dez. 2013.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____.; _____. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____.; _____.; MITIDIERO, Daniel. **O novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

_____.; _____.; _____. **Curso de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. V. 1.

_____.; _____.; _____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. 2.

_____.; _____.; _____. **Curso de processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

_____.; _____.; _____. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____.; _____.; _____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. V. 2.

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

_____. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MICHELI, Gian Antonio. **L'Onere dela prova**. Padova: CEDAM, 1942.

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

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 31, p. 69, jul./set. 1999.

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

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

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

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 13-16, maio 2014.

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

PATTI, Salvatore. **Prove**. Disposizioni generali, comentário del codice civile (a cura di A. Scialoja e G. Branca). Bologna/Roma: Zanichelli/II Foro Italiano, 1987.

PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lepori (Org.). **Cargas probatórias dinâmicas**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 153-17-, dez. 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, Tomo IV, 1974.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. In JOBIM, Marco Félix, FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito probatório**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo interno n. 70049064611. Agravante: Banco Itaucard S.A. Agravado: Irmão Andreazza Ltda. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 14 jun. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70077277093. Apelante: João Alexandre Mello Lauterio. Apelado: Ervino Krause. Relatora: Desa. Claudia Maria Hardt. Porto Alegre, 24 maio 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Exceção de Impedimento n. 70076046788. Excipiente: Fercruz Comercio e Representações LTDA. Excepto: Relator dos Embargos de Declaração n. 70073337545. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro. Porto Alegre, 13 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70014109565. Agravante: Renato de Ré. Agravado: Brasil Telecom S/A. Relator: Pedro Celso Dal Prá. Porto Alegre, 20 nov. 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70078744661. Apelante: Banco BMG S.A. Apelada: Eva Rocha da Silveira. Relator: Des. Marcelo Cezar Mülle. Porto Alegre, 25 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70074731761. Apelante: João Carlos Sander. Apelada: Circe Maria Sander. Relator: Des Giovanni Conti. Porto Alegre, 01 de novembro de 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70079146700. Apelante: Praticard Administradora de Cartões de Crédito Ltda S.A. Apelado: Alexandre de Andrade. Relator: Des. Tasso Caubi Soares Delabary. Porto Alegre, 25 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70076829142. Apelante: Fabrício Marcal Fisch. Apelada: Unimed RS Vale Dos Sinos – Soc. Coop Trabalho Médico LTDA. Relator: Des. Jorge André Pereira Gailhard. Porto Alegre, 25 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597083534. Apelante: Celoir Maria da Silva. Apelado: Alexandre Pedroso de Albuquerque Olmedo. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, 03 dez. 1997. Dje 21 jan. 1998.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70078127701. Apelante: Claudio Demarchi e CIA Ltda. Apelado: Fundação Universidade de Passo Fundo. Relator: Desa. Ana Beatriz Iser, 10 out. 2018. Dje 19 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70029451481. Apelante: Delvina Tainski Maquer. Apelado: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Desa. Maria José Schmitt Sant'anna, 11 ago. 2009. Dje 15 ago. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelações Cíveis n. 70079369930. Apelante/Apelado: Banco Bradesco S/A. Apelante/Apelado: Vera Regina Fanfa – ME. Relator: Des. Dilso Domingos Pereira. Porto Alegre, 31 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078826492. Agravante: Caixa Seguradora S/A. Agravado: Leonir de Vasconcelo. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078802998. Agravante: Shopping João Pessoa. Agravada: Eliane Teresinha Oliveira Puglia. Relator: Des Carlos Eduardo Richinitti. Porto Alegre, 24 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70074631698. Agravante: Sul América Cia. Nacional de Seguros. Agravada: Norma Helena Duarte. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 25 out. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70078108818. Agravante: Redecard S/A. Agravado: Wagner D'avila. Relator: Des Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, 18 de setembro de 2018.

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

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**, 2. ed. Montevideo: B de F, 2002.

_____. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras complementares de direito constitucional - Teoria da Constituição**. Salvador: JusPodivm, 2007.

SCARPARO, Eduardo. Ethos e comportamento processual como prova no direito processual civil. **Revista de Processo**, n. 273, p. 43-67, nov. 2017.

SILVA, Bruno Freire e. A inversão judicial do ônus da prova no CDC. **Revista de Processo**, n. 146, p. 340, abr. 2007.

TARUFFO, Michelle. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (org.). **Trattato di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 2012.

_____. **Idee per una teoria della decisione giusta**. Sui confini – Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

THEOPHILO, Cavalcanti Filho. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

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