

**UNIVERSIDADE FUMEC**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

**JESSICA SÉRIO MIRANDA**

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E O  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**Belo Horizonte**

**2020**

**JESSICA SÉRIO MIRANDA**

**<http://lattes.cnpq.br/8332541440237592>**

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E O  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle (Direito Público).

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas

**Belo Horizonte**

**2020**

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

M672d Miranda, Jessica Sérgio, 1994-

A distribuição dinâmica do ônus probatório e o Estado democrático de direito / Jessica Sérgio Miranda. - Belo Horizonte, 2020.

93 f. ; 29,7 cm

Orientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas

Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Belo Horizonte, 2020.

1. Democracia. 2. Direito processual. 3. Prova (Direito).  
4. Ônus da prova. I. Título. II. Freitas, Sérgio Henriques Zandona. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 321.01



UNIVERSIDADE  
FUMEC

Dissertação intitulada “A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO” autoria de JESSICA SÉRIO MIRANDA, aprovada com distinção pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas – Universidade FUMEC  
(Orientador)

---

Prof. Dr. André Cordeiro Leal – Universidade FUMEC  
(Examinador Interno)

---

Profa. Dra. Profa. Dra. Danúbia Patrícia de Paiva – FUMEC  
(Examinadora Interna)

---

Profa. Dra. Gabriela Oliveira Freitas – ESTÁCIO DE SA  
(Examinadora Externa)

---

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito  
Universidade FUMEC

Belo Horizonte, 20 de outubro de 2020

Aos meus pais, exemplos de coragem,  
superação e amor.

## AGRADECIMENTOS

Na vida enfrentamos muitas incertezas, especialmente quando nos deparamos com o momento de escolher um caminho a seguir. Mas, há algum tempo, percebi que a vida simplesmente nos direciona à tomar atitudes que nos levarão à caminhos impensados e que nos trarão, à frente, imensurável crescimento e descobertas surpreendentes.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais a jornada se iniciou até que eu pudesse chegar a este momento tão especial. Ainda estagiária, tive a sorte de ser acolhida em um gabinete formado por pessoas notáveis que contribuíram, enormemente, para meu crescimento pessoal e profissional, às quais agradeço, de antemão, especialmente ao Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira Filho, pessoa e profissional de singular humanidade, que muito me ensinou ao longo dos últimos 5 anos em que estive ligada ao gabinete.

O passo seguinte, certamente, devo à gentileza do Desembargador Luís Carlos Balbino Gambogi, que me recebeu em seu gabinete e me oportunizou conhecer pessoas incríveis que me impulsionaram a encarar, apenas 6 meses após a graduação, o mestrado em Direito. A vocês e ao Professor Gambogi, minha imensa gratidão!

Em destaque, agradeço ao meu orientador Professor Sérgio Henriques Zandona Freitas, por ser tão prestativo, dispensando atenção especial a quem necessite qualquer auxílio.

À FUMEC e aos demais professores do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, especialmente, Prof. Dr. André Cordeiro Leal, Prof. Dr. Frederico de Andrade Gabrich, Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias e Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho, pelo conhecimento compartilhado. À Claudinha, pela acolhida, atenção e carinho.

Agradecimento especial dedico aos meus pais e ao meu querido irmão, que me ensinaram a importância de investir em conhecimento e lutar pelos nossos sonhos, com esforço e dedicação. Por me espelhar em vocês, hoje alcanço esta vitória.

Ao meu namorado, pela paciência e compreensão e por me acolher e encorajar nos momentos de angústia.

Aos amigos, pelos debates e troca de ideias que tanto contribuíram para engrandecer esta etapa. Em especial ao Adriano, Ailana, Carol e Laís agradeço pelos auxílios e pelos momentos de alegria e descontração.

Agradeço, por fim, a todos que, de algum modo, participaram desta caminhada e que me fizeram acreditar que seria possível.

*“El arte del proceso no es esencialmente  
otra cosa que el arte de administrar las  
pruebas - A arte do processo não é  
essencialmente outra coisa senão a arte  
de administrar as provas”.*  
*Jérémie Bentham, 1959a, p. 10.*

## RESUMO

O presente estudo tem como temática a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 e, por objetivo, sua análise crítica a partir das premissas do modelo constitucional de processo. Seguindo a linha de pesquisa do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade FUMEC, busca-se, após estudar as teorias do processo e as bases do Estado Democrático de Direito, verificar a adequação da forma dinâmica de distribuição dos ônus probatórios ao paradigma constitucional, que estabelece as diretrizes de um processo constitucional democrático. Tem como principal hipótese, ao final confirmada, a compatibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova com o Estado Democrático de Direito, a partir da observância das garantias processuais estabelecidas pela Constituição da República de 1988. Para melhor compreensão da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada pelo Código Processual Civil de 2015, serão apresentadas noções gerais acerca do instituto da prova, seguidas do estudo das diversas teorias sobre a distribuição do ônus da prova, traçando, assim, as bases da dinamização. O estudo adota o método dedutivo e se desenvolve pela pesquisa jurisprudencial e bibliográfica em livros físicos e digitais, sites, banco de teses e dissertações e periódicos *Qualis* Capes.

Palavras-chave: Processo Constitucional; Estado Democrático de Direito; Prova; Ônus da prova; Distribuição dinâmica do ônus da prova.

## RÉSUMÉ

L'étude a pour thème la répartition dynamique de la charge de la preuve prévu dans l'article 373, paragraphe 1er, du Code de procédure civile de 2015; le but est l'analyse critique à partir des prémisses du modèle de processus constitutionnel. Dans la ligne de recherche du programme de troisième cycle *Stricto Sensu* en droit de l'Universidade FUMEC, et après avoir étudié les théories du processus et les bases de l'État de droit démocratique, on cherche à vérifier l'adéquation de la forme dynamique de répartition de la charge de la preuve à la Constitution, qui établit les lignes directrices d'un processus constitutionnel démocratique. Son hypothèse principale - confirmée à la fin - est la compatibilité de la répartition dynamique de la charge de la preuve avec l'État de droit démocratique, à partir des garanties procédurales établies par la Constitution de la République de 1988. Pour une meilleure compréhension du thème, des notions générales sur la preuve seront présentées, suivies de l'étude des différentes théories sur la répartition, en exposant ainsi les bases de sa dynamisation. L'étude adopte la méthode déductive et se développe par la recherche de jurisprudence ainsi que dans des ouvrages et des livres numériques, des sites Web, des thèses et mémoires et des revues *Qualis Capes*.

Mots-clés: Processus constitutionnel; État démocratique; Preuve; Charge de la preuve; Répartition dynamique de la charge de la preuve.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2 O PROCESSO E O PROCEDIMENTO .....</b>	<b>15</b>
2.1 Teoria da relação jurídica.....	15
2.2 Teoria constitucionalista do processo .....	18
2.3 Teoria neoinstitucionalista do processo.....	20
<b>3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROCESSO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>23</b>
3.1 Sobre Estado, Democracia e Processo .....	23
3.2 Processo constitucional.....	27
<b>4 O INSTITUTO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO ...</b>	<b>29</b>
4.1 Conceito .....	31
4.2 Objeto .....	36
4.3 Fontes e meios .....	37
4.4 O ônus da prova.....	38
4.4.1 <i>As teorias da distribuição do ônus da prova.....</i>	<i>41</i>
4.4.2 <i>A regulamentação do ônus da prova nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 ...</i>	<i>46</i>
<b>5 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA .....</b>	<b>50</b>
5.1 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor .....	53
5.2 A inserção da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015.....	55
5.3 Os elementos autorizadores da distribuição dinâmica do ônus da prova .....	60
<b>6 CRÍTICAS À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E FORMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>66</b>
6.1 Da adequação da distribuição dinâmica do ônus da prova ao modelo democrático de processo .....	70
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>78</b>

<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>81</b>
--------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

O art. 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) regulamentou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, possibilitando que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada e conceda à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

O presente estudo propõe-se a pesquisar a dinamização do ônus da prova positivada pela legislação processual civil, procurando verificar sua adequação ao modelo constitucional de processo, em consonância ao Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2015).

Isso porque, no modelo de processo constitucional, marco teórico da presente pesquisa, a garantia dos direitos fundamentais perpassa pela possibilidade de ativa atuação das partes na formação do provimento final, por meio da produção de provas que se destinam não apenas ao magistrado, mas a todos os sujeitos processuais.

A justificativa de desenvolvimento deste trabalho consiste no questionamento acerca da adequação da inovação apresentada às diretrizes do Estado Democrático de Direito, na busca por um processo de perspectiva constitucionalizada, que assegure os direitos fundamentais, em especial os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Em termos metodológicos, necessária se faz a abordagem de temáticas que precedem ao estudo da distribuição dinâmica do ônus da prova. Dessa forma, o primeiro capítulo, abordará as teorias que se revelam importantes para o debate jurídico de natureza processual, quais sejam: a teoria da relação jurídica, atribuída a Oskar von Bülow, a teoria do processo constitucional, de José Alfredo de Oliveira Baracho, e a teoria neoinstitucionalista do processo, concebida por Rosemiro Pereira Leal.

No segundo capítulo, passar-se-á ao estudo das bases sobre as quais se estrutura o sistema jurídico, ressaltando os reflexos da normatividade da Constituição em todo o ordenamento legal infraconstitucional, incluindo-se as normas processuais. Demonstrar-se-á, assim, que o processo representa garantia constitucional a serviço da proteção de direitos fundamentais elencados na Constituição da República de 1988 e da efetivação do Estado Democrático de Direito.

O terceiro capítulo, por sua vez, abrangerá o instituto da prova, enquanto direito fundamental constitucionalmente assegurado às partes, definindo seu conceito, objeto, fontes e

meios. Na sequência, será abordado o ônus da prova, em suas perspectivas objetiva e subjetiva, bem como as diversas teorias acerca de sua distribuição, apontando, ainda, a regulamentação outrora proposta pelos Códigos de Processo Civil Brasileiros de 1939 e 1973.

No quarto capítulo, tratar-se-á exclusivamente da distribuição dinâmica do ônus da prova, buscando seus antecedentes teóricos e sua evolução, apontando, ainda, sua adoção pelos Tribunais e pela doutrina, até a inserção na legislação brasileira, a partir do §1º do art. 373 do Código Processual Civil de 2015, que estabeleceu os requisitos autorizadores de sua aplicação.

O quinto capítulo apontará as críticas acerca da dinamização do ônus probatório, quanto à insegurança da alteração da regra estática de distribuição do ônus, à discricionariedade na aplicação da distribuição dinâmica e à subjetividade da interpretação dos conceitos vagos do qual se utiliza a legislação processual.

Analisar-se-á, na parte final do quinto capítulo, a adequação da distribuição dinâmica do ônus da prova ao modelo democrático de processo, a partir da observância das garantias processuais da fundamentação das decisões e do contraditório.

O estudo adotará o método dedutivo e se desenvolverá pela pesquisa jurisprudencial e bibliográfica em livros físicos e digitais, sites, banco de teses e dissertações e periódicos *Qualis* Capes.

## 2 O PROCESSO E O PROCEDIMENTO

São diversas as teorias que, ao longo dos anos, se ocuparam de definir a natureza jurídica do processo, dentre elas a teoria do processo como contrato, do processo como quase-contrato, da relação jurídica, da situação jurídica, do processo como instituição, do processo como procedimento em contraditório, a teoria constitucionalista do processo e, por fim, a teoria neoinstitucionalista do processo.

Dentre todas elas, se faz necessário restringir o escopo do presente estudo à abordagem daquelas que, ainda nos dias atuais, revelam-se importantes para o debate jurídico de natureza processual, quais sejam: a teoria da relação jurídica, atribuída a Oskar von Bülow, a teoria do processo constitucional, de José Alfredo de Oliveira Baracho, e a teoria neoinstitucionalista do processo, concebida por Rosemiro Pereira Leal.

Diferentes são as implicações advindas da adoção dessas teorias no âmbito processual, especialmente no que se refere ao estudo e aplicação do instituto da prova e seus desdobramentos, de modo que o ponto de partida deste trabalho deve se dar pela análise das teorias do processo e suas peculiaridades, o que se passa a expor.

### 2.1 Teoria da relação jurídica

Durante longo período, o direito processual esteve intimamente ligado ao direito material, não se fazendo qualquer distinção entre o direito tutelado e o procedimento a ser utilizado para tal finalidade. Falava-se do processo como contrato (Pothier) ou, ainda, como quase-contrato (Savigny e Guényvau), na denominada fase privatista.

Enquanto contrato, o processo resultaria de um acordo, um pacto entre as partes, comprometendo-se a cumprir a decisão a ser exarada pelo juiz. Essa teoria revelou-se, contudo, “inadequada para explicar a ‘natureza’ jurídica do *processo*, tendo em vista que, já no século XVIII, o juiz não precisava de prévio consenso das partes para tornar coativa a sentença” (LEAL, 2018, p. 133-134).

Posteriormente, Savigny e Guényvau afirmaram que o processo não seria tipicamente um contrato, mas um quase-contrato, uma vez que a parte autora, ao ingressar em juízo, consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, não havendo, contudo, a exigência de que o réu aderisse previamente aos efeitos da sentença. Já sendo, porém, nessa época, obrigatória a jurisdição, “o juiz não precisava de *prévio consentimento* do autor para proferir a

decisão que lhe fosse favorável ou desfavorável”, mostrando-se insuficiente a teoria proposta (LEAL, 2018, p. 134).

O enaltecimento do direito processual enquanto ciência autônoma, dissociada do direito material, veio a se concretizar somente em 1868, a partir dos estudos do alemão Oskar von Bülow, que culminaram na obra “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”.

Bülow trabalhou pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu em que, para validade e legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que todos aqueles deveriam cumprir, conforme disposto em lei processual, que, por sua vez, se diferenciava do direito disputado e alegado pelas partes, situado em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se, assim, pela regulação em norma de direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito (LEAL, 2018, p. 134).

A teoria de Bülow atribuiu à vertente processual a natureza de relação jurídica, porquanto se constituía a partir da existência de vínculos subjetivos entre as partes, que gozariam de direitos e deveres emanados da lei processual, a serem cumpridos nos seus termos.

Sobre o assunto, leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

Em primeiro lugar, a nominada teoria do processo como relação jurídica, objeto de nossas refutações críticas, remonta a Bülow, na segunda metade do século XIX, que, apesar de ter vislumbrado a existência de dois planos de relações, a relação de direito material discutida no processo e a relação autônoma de direito processual, dissociando-as (este é seu grande mérito), concebeu a última, porém, tendo como ponto de partida o modelo clássico de relação jurídica, alçado à dogma na clássica doutrina civilista fruto do Direito Romano, consistente em vínculo normativo que liga dois sujeitos, em duas *posições* (que a doutrina, comumente, de forma desajeitada, pouco técnica, chama de *pólos*), o sujeito ativo e o sujeito passivo, atribuindo-se àquele o poder de exigir deste uma conduta, o qual, assim, passa a ter o dever jurídico de prestá-la (BRÊTAS, 2018, p. 107).

Acerca das características que envolvem a relação jurídica processual, na perspectiva bülowiana, Wambier, Correia de Almeida e Talamini apontam ser ela “autônoma”, por não se confundir com a relação jurídica que se discute no processo; “trilateral”, formada por autor, réu e juiz; “pública”, tendo em vista que nela figura o juiz como órgão do poder estatal; “complexa”, uma vez que formada por recíprocos direitos, deveres e ônus; e, por fim, “dinâmica”, desenvolvendo-se progressivamente até um ato final (WAMBIER; CORREIA DE ALMEIDA; TALAMINI, 2005, p. 172-173).

O processo pressupunha, portanto, na ótica de Bülow, a existência de uma relação autônoma de direitos e obrigações entre as partes, desvinculada da relação privada sobre a qual se deveria decidir, originada de uma crise de cooperação, que levaria à instauração do processo. E, por se tratar este de relação jurídica de direito público, nela encontravam-se as partes

submetidas ao Estado-juiz, com o qual deveriam cooperar, formando-se uma relação triangularizada.

[...] A estas [relações de direito privado], porém, não pode ser referido o processo. Desde que os direitos e as obrigações processuais se dão entre funcionários do Estado e dos cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e desde que, também, as partes são levadas em consideração apenas no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, com toda evidência, ao direito público e o processo resulta, portanto, uma *relação jurídica pública*. (BÜLOW, 1964, p. 2-3)<sup>1</sup>.

A superioridade exercida pelo magistrado sobre as partes era justificada em seu propósito de pacificação social, isto é, servindo o processo como instrumento ao exercício da jurisdição, pelo qual se buscava a paz social, o magistrado se tornava “a figura suprema da relação processual” (FREITAS, 2014, p. 14).

Neste sentido, a exemplo, indicam Sérgio Henriques Zandona Freitas e Felipe de Almeida Campos que a prova devia ser produzida para o juiz, a fim de convencê-lo sobre os fatos e direitos alegados e, este, o juiz, de acordo com a sua consciência, decidia o destino das partes (FREITAS; CAMPOS, 2016, p. 304).

A ideia posta em face da relação jurídica existente na concepção do processo sofreu objeções, especialmente quanto à falsa noção de que uma das partes poderia exigir, da parte adversa, determinada conduta.

Assim aponta Aroldo Plínio Gonçalves:

A se admitir o processo como relação jurídica, [...], ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação (GONÇALVES, 1992, p. 71).

Outro ponto que merece destaque é o fato de que, apesar da inegável contribuição para a ciência processual, a teoria da relação jurídica do processo pouco tratou acerca do procedimento, visto como mera exteriorização do processo.

Com efeito, Brêtas esclarece que, na formulação idealizada por Bülow, o processo é encarado sob duas óticas: como procedimento, quanto ao aspecto exterior, e como relação jurídica, quanto à essência (BRÊTAS, 2018, p. 105).

---

<sup>1</sup> No original: “[...] A éstas [relaciones de derecho privado], sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente em el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”. (BÜLOW, 1964, p. 2-3).

A questão somente obteve destaque com os estudos de Elio Fazzalari, que explicitou somente existir o processo quando presente o contraditório, isto é, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação do seu autor e dos destinatários dos seus efeitos, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Rosemiro Pereira Leal descreve o pensamento de Fazzalari nos seguintes termos:

[...] o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual (LEAL, 2018, p. 139).

Define-se, assim, em termos gerais, o processo como procedimento em contraditório, sendo esta a principal contribuição da denominada teoria estruturalista do processo.

É exatamente na teoria de Fazzalari que os defensores da teoria do processo como relação jurídica buscam elementos para emendá-la, corrigi-la ou retocá-la, de sorte a afeiçoá-la ao processo constitucional do século XXI, do Estado Democrático de Direito, segundo aponta Ronaldo Brêtas (BRÊTAS, 2018, p. 109).

A exemplo, vale citar passagem da obra de Cintra, Grinover e Dinamarco:

Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. [...] É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 287-288).

Feitas tais considerações acerca da teoria do processo como relação jurídica de direito público e da teoria estruturalista, passa-se ao estudo da teoria constitucionalista do processo, seguindo-se a evolução processual brasileira.

## **2.2 Teoria constitucionalista do processo**

No Brasil, a teoria constitucionalista do processo (também denominada modelo constitucional do processo ou apenas processo constitucional) teve como expoente José Alfredo de Oliveira Baracho que, sob influência de Hector Fix-Zamudio<sup>2</sup>, apresentou-a em obra escrita no ano de 1984, intitulada *Processo Constitucional*.

---

<sup>2</sup> Em sua obra “*Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*”, lançada em 1974, Fix-Zamudio concluiu que se torna impossível desvincular qualquer legislação processual das disposições constitucionais acerca dos direitos das partes no processo civil. (FIX-ZAMUDIO, 1974).

Preleciona Baracho que, como garantia constitucional, o processo “consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis” (BARACHO, 2004, p. 70-71)

Gabriela Oliveira Freitas esclarece que, em complemento à teoria de Fazzalari, a teoria constitucionalista não afasta a ideia de processo como procedimento em contraditório, “mas acrescenta que o processo seria também uma garantia ao exercício dos direitos fundamentais, o que lhe concede uma perspectiva constitucional” (FREITAS, 2014, p. 14).

Na mesma linha, Ronaldo Brêtas aponta que

a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada (BRÊTAS, 2010, p. 91).

Conforme explicitado por Baracho, o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual, determinando muitos de seus institutos básicos, que devem ter como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social (BARACHO, 1984, p. 122).

Mais que procedimento em contraditório, o processo passa a ser visto, portanto, como um meio de garantia do exercício dos direitos fundamentais, tutelados pela norma constitucional, abarcando o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões, dentre tantos outros.

A respeito dos pressupostos do processo constitucional, lecionam Sérgio Henriques Zandona Freitas e Felipe de Almeida Campos:

A base de sustentação do processo constitucionalizado está no devido processo legal ou devido processo constitucional que se forma, precipuamente, pelo direito de ação, compreendida esta como o direito de obter do Estado a prestação jurisdicional através da jurisdição, do direito a ampla defesa, com todos os meios a ele inerentes; o direito à defesa técnica, produzida por um advogado; a garantia a não surpresa e à co-participação no processo na construção do provimento, por meio do contraditório; direito à ampla produção probatória; garantia do juiz natural; à revisão das decisões por um órgão colegiado, consectário do duplo grau de jurisdição e garantia de tratamento isonômico aos sujeitos do processo (FREITAS; CAMPOS, 2016, p. 304-305).

A importância do “modelo constitucional do processo”<sup>3</sup>, estruturado nos princípios do *due process*, do contraditório, da ampla defesa, do direito à prova, do juízo natural, independente e imparcial, da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, da publicidade, da instrumentalidade técnica do processo, da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, também é apontado na obra de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p. 74-75).

Baseada na ideia da supremacia das normas constitucionais, que passam a reger o processo, pode-se dizer que a teoria constitucionalista do processo tem como eixo principal o devido processo legal, que reflete os pontos estruturais do devido processo constitucional.

A respeito, discorre Sérgio Henriques Zandoná Freitas:

Originário do inglês *due process of law*, traduz no direito das partes a um processo e a uma sentença devidamente fundamentada (na legislação e nos fatos colacionados aos autos), representando a possibilidade de acesso à jurisdição, de deduzir pretensão e de se defender amplamente; ou seja, a manifestação de igualdade das partes, a garantia do *jus actionis*, o respeito ao direito de defesa e, por fim, o contraditório. O princípio do devido processo constitucional tem ainda como fundamento e alcance a invalidação de leis, normas e atos arbitrários que restrinjam direitos fundamentais sem justificativa plausível e relevante. (FREITAS, 2008, p. 55).

Define Gabriela Oliveira Freitas que o devido processo legal é “garantia imprescindível para que o processo e o procedimento sejam compreendidos a partir de uma perspectiva democrática”, uma vez que sua observância “desvincula a atividade jurisdicional de elementos subjetivos”, afasta a “discrecionalidade do agente público julgador” e “permite a participação igualitária das partes na formação dos provimentos judiciais” (FREITAS, 2014, p. 19-20).

Após os delineamentos necessários acerca da teoria constitucionalista, cuja abordagem será, ainda, objeto de capítulo subsequente deste estudo, apresenta-se, na sequência, a mais recente formulação acerca do direito processual, a proposta neoinstitucionalista do processo.

### **2.3 Teoria neoinstitucionalista do processo**

Idealizada por Rosemiro Pereira Leal, a teoria neoinstitucionalista do processo procura sistematizar uma procedimentalidade democrática, de modo que o processo assegure um legítimo controle popular dos procedimentos de criação, fiscalização e aplicação dos direitos, dada a perspectiva constitucionalizada de garantia dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

---

<sup>3</sup> A expressão foi elaborada por Italo Andolina e Giuseppe Vignera, que destacaram a importância de se adotar um modelo constitucional aplicável aos processos de qualquer natureza (GALEGO, 2019, p. 21).

Isso porque, segundo aponta o autor, a teoria constitucionalista do processo reproduz o ensino dos instrumentalistas bülowianos que transplantam, para o plano constitucional, o processo como instrumento de uma jurisdição constitucional com escopos metajurídicos cappellettianos de fazer justiça social em critérios não esclarecidos por supostas probidade e seriedade de operadores virtuosos do direito (LEAL, 2018, p. 147).

A teoria neoinstitucionalista concebe, assim, um novo campo de demarcação teórica e propõe uma revisão crítica de conteúdos jurídicos que vão influenciar os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito (ANDRADE, 2016, p. 253).

Esclarece Rosemiro Leal que, em sua teoria, a palavra instituição não corresponde ao significado que lhe atribuíram Hauriou e Guasp, qual seja, um bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou economia, mas sim como

conjunto de institutos jurídicos construtivos do discurso coinstitucional e das demais leis com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no sistema coinstitucionalizado e infracoinstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados (LEAL, 2018, p. 142).

Sintetiza Sérgio Henriques Zandona Freitas que se consubstancia, a teoria neoinstitucionalista, em um “conjunto de institutos de direito fundamental constitucionalizado (ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado, gratuidade da atividade jurisdicional) regente da construção estruturante (relação espaço-temporal normativa) dos procedimentos” (FREITAS, 2014, p. 50).

Enuncia, assim, o processo, para além das configurações clássicas, como instituição jurídico-linguística autocrítica, que se compõe dos institutos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, que guardam, por sua vez, uma biunivocidade com a vida humana, com a liberdade e com a dignidade.

Propõe um devido processo coinstitucionalizante, no qual qualquer do povo, enquanto legitimado ao processo, possa exercer, de maneira irrestrita e incessante, a fiscalidade procedimental do sistema jurídico coinstitucionalizado, sem qualquer ônus (LEAL, 2018, p. 143).

Sob nova ótica processual, torna o processo vetor do sistema jurídico, marco para os critérios de participação e fiscalização da lei em sua criação e aplicação, revelando o cidadão como autor e destinatário da norma (MENDONÇA, 2015, p. 50).

Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

O que distingue a teoria neoinstitucionalista do processo, que criei, da teoria constitucionalista que entende o processo como modelo construído no arcabouço

constitucional pelo diálogo de especialistas (numa assembleia ou congresso constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma teoria da constituição que preconiza uma coconstitucionalização formalizada de direitos e deveres pelo devido processo coconstitucionalizante em que qualquer do povo, como, desde sempre e indistintamente, legitimado ao processo, possa exercer, de modo irrestrito e incessante, o direito de fiscalidade procedimental do sistema jurídico coconstitucionalizado sem qualquer ônus. Aqui se impõe a adoção de um Código Processual de Fiscalidade Institucional. (LEAL, 2018, p. 142-143).

Neste aspecto, reconhece o autor que “uma teoria com todas essas características passaria pelo exercício de uma completa cidadania como conquista teórica coconstitucionalizada de produzir e fiscalizar direitos fundamentais em enunciados jurídicos processualmente decididos” (LEAL, 2018, p. 143), o que se revela ainda distante da realidade brasileira, tendo em vista a patente abstenção popular no exercício permanente da cidadania e a inalcançada plenitude democrática.

De todo modo, conforme ressalta Laís Alves Camargos, embora não seja passível de total aplicação prática e institucional na contemporaneidade, por estar o referencial do direito na plenitude de Democracia, paradigma constitucional ainda inexistente, a teoria neoinstitucionalista tem muito a contribuir para o avanço do direito processual no sentido de buscar a efetividade dos direitos e garantias constitucionais. (CAMARGOS, 2020, p. 29).

Fixadas as premissas referentes às teorias do processo, passa-se a abordar, no capítulo em sequência, os aspectos relativos ao processo na perspectiva do Estado Democrático de Direito, paradigma adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

### 3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PROCESSO CONSTITUCIONAL

Para a adequada compreensão do objetivo traçado para o presente trabalho, que se orienta a confrontar a distribuição dinâmica do ônus da prova à busca por um processo democrático, de natureza constitucionalizada, faz-se necessário fixar as bases sobre as quais se estrutura todo o sistema jurídico e, em especial, o processo jurisdicional.

Segundo Mônia Clarissa Hennig Leal, a Constituição, compreendida como o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade, estabelece os pressupostos de criação, de vigência e de execução das normas do resto do ordenamento, determinando amplamente seu conteúdo, e se converte em elemento de unidade da comunidade em seu conjunto, colocando-se ela, em razão disso, como base, como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o sistema (LEAL, 2003, p. XVI).

A normatividade da Constituição, como fundamento do sistema jurídico, repercute em todo o ordenamento legal infraconstitucional, incluindo-se as normas processuais, que espelham os ditames constitucionais e por eles se orientam, na ótica do processo constitucional.

Assim, a análise do processo evolutivo decorrente da superação de paradigmas estatais anteriores e que culminou na configuração do Estado Democrático de Direito, adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/1988)<sup>4</sup>, demonstra, paralelamente, as alterações nos modelos processuais, consubstanciadas na liberalização, socialização e democratização do processo, conforme se passa a analisar.

#### 3.1 Sobre Estado, Democracia e Processo

Conforme aponta Camilla Mattos Paolinelli, existe forte correlação entre a organização estatal implementada em determinado período histórico e os sistemas processuais adotados, na medida em que os paradigmas estatais criam um horizonte de sentido para estes (PAOLINELLI, 2014, p. 21-22).

Portanto, a “evolução histórica que atravessou os estágios do Estado de Polícia, do Estado liberal e do Estado social, com a superação de grande parte das contradições e das deficiências dos sistemas anteriores”, atingindo, por fim, o Estado Democrático de Direito, “paradigma contemporâneo que inspira várias das atuais Constituições estrangeiras além da

---

<sup>4</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]” (BRASIL, 1988).

brasileira de 1988” (FREITAS, S., 2014, p. 65), pode ser também verificada em relação aos modelos processuais adotados em razão da alteração dos paradigmas estatais.

Os paradigmas, neste estudo analisados a partir da perspectiva habermasiana<sup>5</sup>, explicam como as normas jurídicas devem ser interpretadas em determinado contexto histórico e social:

Essas proposições fornecem a base da adjudicação e fornecem a perspectiva da qual a doutrina jurídica se esforça para interpretar a lei. [...] o olhar do historiador concentra-se nos contextos sociais nos quais a lei, como sistema de ação, está incorporada - e a partir da qual são nutridas as premissas implícitas de fundo da adjudicação e da doutrina jurídica contemporânea. [...] Torna-se claro que os especialistas interpretam proposições individuais não apenas no contexto do corpus jurídico como um todo, mas também no horizonte de um pré-entendimento atualmente dominante da sociedade contemporânea. (HABERMAS, 1996, p. 388)<sup>6</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, o Estado de Direito, em sua origem, caracterizava-se tipicamente liberal, tendo como características básicas a submissão ao império da lei, a divisão de poderes e o enunciado e garantia dos direitos individuais (SILVA, 2019, p. 114-115).

Foi concebido por juristas alemães durante a primeira metade do século XIX em oposição ao que se traduz por Estado de Polícia (Estado Iluminista ou Estado-providência), marcado pelo predomínio da ideia de soberania centrada no monarca, a extensão do poder soberano ao âmbito religioso, exercendo autoridade eclesiástica, a assunção pelo Estado, no plano teórico, da promoção do bem estar e da felicidade dos súditos e a configuração do Estado desvinculada do moderno constitucionalismo (BRÊTAS, 2018, p. 56).

Originária da justaposição dos termos *Recht* (Direito) e *Staat* (Estado), a expressão “Estado de Direito” relacionava-se ao uso racional do direito para o bem das pessoas, se fundamentando na negação da noção divina de Estado (REZENDE, 2014, p.33).

De tal modo, o Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*), defendia a proteção da ordem e da segurança pública, assegurando, contudo, liberdade ao particular nos campos econômicos e sociais, garantindo-se amplo modelo protetivo de jurisdição ordinária (MORAES, 2009, p. 05).

Em âmbito processual, o chamado “liberalismo processual” baseava-se na prevalência do princípio da escritura e do papel das partes (NUNES, 2008, p. 55), revelando seu protagonismo frente a passividade do magistrado, cuja atividade se resumia à subsunção do

<sup>5</sup> Conforme esclarece Laís Alves Camargos, “estando o Estado Democrático de Direito em fase de consolidação, por não ter havido total superação dos paradigmas constitucionais anteriores, não é possível aplicar o conceito de Thomas Kuhn” (CAMARGOS, 2020, p. 13), para quem a formação de um novo paradigma decorreria do rompimento com o pensamento hegemônico anterior através de uma revolução científica, não havendo a possibilidade de rejeição de um paradigma sem a sua simultânea substituição (KUHN, 2013).

<sup>6</sup> No original: “These propositions provide the basis of adjudication, and they provide the perspective from which legal doctrine strives to interpret law [...] the objectivating gaze of the historian focuses on the social contexts in which the law, as a system of action, is embedded—and from which the implicit background assumptions of adjudication and contemporary legal doctrine are nourished. [...] It then becomes clear that experts interpret individual propositions not only in the context of the legal corpus as a whole but also within the horizon of a currently dominant preunderstanding of contemporary society.” (HABERMAS, 1996, p. 388).

caso concreto a uma regra jurídica geral, abstrata e universal (supremacia do legislador frente ao julgador) (PAOLINELLI, 2014, p. 23-24). Seria função do Estado-Juiz somente a aplicação da lei ao caso concreto, sem margem para interpretações, uma vez que a lei seria suficiente para dirimir os conflitos.

O Estado Liberal, marcado pelos deveres negativos do Estado (abstencionismo), perdeu, contudo, a capacidade de apresentar soluções satisfatórias frente à nova realidade social que se delineava a partir do crescimento do capitalismo e o surgimento de desigualdades, cedendo lugar, no período do Pós-Primeira Guerra Mundial, a um novo paradigma, o chamado Estado Social (*Welfare State*).

De atuação ampliada, tornou-se o Estado nitidamente intervencionista, com a finalidade de também garantir direitos sociais e econômicos aos cidadãos (THIBAU, 2008, p. 333).

Nos dizeres de Paolinelli:

Nesse novo paradigma, os deveres do Estado, antes negativos, assumem caráter positivo. O Estado abandona sua posição de mero espectador, passando a agir efetivamente na garantia de direitos sociais mínimos, como os trabalhistas. Intervém na economia com a preocupação de estimular o crescimento, a fim de garantir empregos, bem-estar aos cidadãos, prestação de serviços públicos, como saúde, educação, previdência. O interesse coletivo passa a ter preponderância sobre o individual e as instituições sociais voltam a ganhar força (PAOLINELLI, 2014, p. 25).

Alexandre de Moraes esclarece ter havido a inclusão de conteúdos predominantemente programáticos nos textos constitucionais, complementando o constitucionalismo nascido com o Estado Liberal de Direito com normas relativas aos direitos sociais e econômicos (MORAES, 2009, p. 04).

No direito processual, houve, neste período, o deslocamento do eixo de formação decisória das partes (liberalismo processual) para o juiz (socialismo processual), dando ilimitado poder de criação do direito ao magistrado, respaldando a validade da decisão no senso inato de justiça do julgador, o qual possuía uma concepção axiológica social privilegiada (protagonismo judicial) (ANDRADE; FARIA, 2014, p. 17).

Expoente do processo social, Bülow apresenta, em 1868, sua concepção do processo enquanto relação jurídica (já abordada em tópico anterior), destacando o protagonismo do magistrado frente às partes, que se apresentavam como meros colaboradores na formação do provimento final, resultado da aplicação do direito pelos juízes, de maneira livre e subjetiva.

O crescimento acentuado do Estado e a impossibilidade de cumprimento das demandas exaradas da complexa realidade social levaram à crise do Estado Social e sua superação por outro paradigma, o Estado Democrático de Direito, que, fundando-se na soberania popular e na legalidade, exsurtiu-se de maneira a contornar os excessos dos modelos anteriores.

Conforme o ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, entende-se por Estado Democrático de Direito a articulação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, que

[...] permite criar para o Estado um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais integrantes do seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas normas voltadas à proteção dos direitos e garantias fundamentais positivados no texto da Constituição. (BRÊTAS, 2018, p. 227).

Aponta Alexandre de Moraes que o Estado Democrático de Direito, “caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais [...]” (MORAES, 2009, p. 06).

Segundo José Afonso da Silva, a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Em verdade, ao qualificar como democrático o Estado, a Constituição brasileira faz irradiar os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, sobre a ordem jurídica (SILVA, 2019, p. 121).

Concebida como princípio, Gresta define a democracia “como comando permanentemente dirigido à produção do direito e ao exercício do poder, cuja observância deve ser objeto de constante fiscalidade pelo povo, compreendido como comunidade política dotada de autodeterminação” (GRESTA, 2012, p. 08).

Fredie Didier Júnior revela que a “democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”, que, por sua vez, “deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder” (DIDIER JÚNIOR, 2019, p. 106-107).

A implementação de um processo democrático implica, deste modo, em que todas as decisões provenham dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúneas, garantindo-se uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão (NUNES, 2008, p. 39-40).

Destarte, a adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito, nos termos dispostos no art. 1º da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1998), implica na observância do poder emanado do povo (princípio democrático) como fonte de legitimação da

atividade Estatal, o que reflete, ainda, na prestação da tutela jurisdicional, que deve obediência aos direitos e garantias fundamentais<sup>7</sup>, mediante adoção de um processo constitucionalizado.

### 3.2 Processo constitucional

A opção formalizada pela Constituição por um paradigma indica os fundamentos que deverão nortear a interpretação jurídica a ser realizada, isto é, elege os critérios regentes da interpretação do Direito (THIBAU, 2008, p. 351).

Segundo Gabriela Oliveira Freitas a inclusão de diversas garantias processuais no texto constitucional de 1988, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo e a Constituição, tornando claro o denominado “modelo constitucional de processo” (FREITAS, 2014, p. 17).

O processo passa a figurar, portanto, como garantia constitucional a serviço da proteção de direitos fundamentais elencados no texto constitucional e da efetivação do Estado Democrático de Direito.

A configuração do novo paradigma traz, em si, um conjunto de normas jurídicas constitucionais, garantidoras de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito à jurisdição pela garantia do devido processo constitucional, estruturado em princípios como o do contraditório, da ampla defesa, da fundamentação das decisões emanadas por órgãos jurisdicionais e da prestação adequada de serviços públicos pelo Estado (FREITAS, 2010).

Neste sentido, Alexandre Ferrer Silva Pereira afirma que “no Estado Democrático de Direito, deve ser concebido um modelo de processo democrático que possibilite a proteção dos direitos fundamentais das pessoas” (PEREIRA, 2016, p. 22).

Aponta Felipe Galego, que “não se admite um modelo de processo que esteja à margem do Estado Democrático de Direito”, de modo que “a garantia constitucional do devido processo deve ser a base, o alicerce e o principal condutor dos estudos sobre o processo democratizado” (GALEGO, 2019, p. 19).

Isso porque, uma vez inseridos na Constituição o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões, a prevenção contra dilações indevidas e o juízo natural, formam

---

<sup>7</sup> A propósito, adota-se distinção apresentada por Gabriela Oliveira Freitas e Marcionília Coelho Guimarães, apontando os direitos fundamentais como aqueles direitos humanos que alcançaram a expressa proteção no ordenamento jurídico constitucional, enquanto que as garantias são os meios de assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, a exemplo do devido processo legal, que abrange o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões, a proibição do uso da prova ilícita (FREITAS; GUIMARÃES, 2016, p. 193-197).

um feixe condicionante da atuação jurisdicional, em favor de qualquer um do povo e em qualquer procedimento judicial, estando o devido processo legal, alçado à suprallegalidade, a serviço da concretização dos direitos fundamentais (GRESTA, 2012, p. 04).

Asseguram Laís Alves Camargos e Ailana Silva Mendes Penido:

Desta forma, sob o paradigma atual, do Estado Democrático de Direito, o povo tem direito à função jurisdicional, garantida pelo devido processo constitucional, que objetiva a preservação do ordenamento jurídico no julgamento dos casos concretos submetidos à apreciação do Estado por meio de processos judiciais, não sendo, portanto, possível que um magistrado profira julgamento sem se vincular ao complexo de regras e princípios constitucionais, que são a base do Estado de direito. (CAMARGOS; PENIDO, 2019, p. 05).

Segundo Danúbia Patrícia de Paiva, “a atividade judiciária deve ser exercida observando todos os objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito” (PAIVA, 2015, p. 11).

O princípio da supremacia constitucional, por meio do qual todos os atos estatais estão submetidos à Constituição, implica em uma forma de controle da atuação judicial, evitando o abuso e fazendo com que o juiz se empenhe em demonstrar que a sentença respeita a Constituição e quer aplicá-la (BARACHO, 2004, p. 128).

Neste aspecto, Rosemiro Pereira Leal tece importante crítica:

No paradigma de Estado Democrático de Direito, que não é o observado pelo projeto do novo CPC, o juiz não é árbitro, mediador ou Estado, para individualmente dizer o que o direito legislado é, mas mero operador, como as demais partes e interessados, do sistema jurídico criado e estabilizado por direitos fundamentais líquidos e certos do Processo (não por cláusulas pétreas do discurso prático-moral) desde seus níveis instituinte e constituínte. As decisões egressas do nível constituído de direitos, codificados ou não, hão de lhes prestar vinculação plena, possibilitando, assim, uma hermenêutica isomênica a toda comunidade jurídica constitucionalizada, bem como uma fiscalidade processual incessante, ampla e irrestrita, à fruição, por todos, de direitos fundamentais de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade (igualdade), conforme preconiza a minha teoria neoinstitucionalista do processo. (LEAL, 2013, p. 20).

Assim, a interpretação sistemática da Constituição da República deve ser prestigiada, conforme ressaltam Camargos e Penido, condensando todas as garantias constitucionais e assegurando a observância dos pressupostos essenciais do processo sem redução das garantias processuais constitucionais como contraditório e fundamentação das decisões (CAMARGOS; PENIDO, 2019, p. 07).

Partindo-se, portanto, da perspectiva do processo constitucional, marco teórico deste estudo, passa-se ao estudo do instituto da prova, abordando, pois, seu conceito, objeto, fontes e meios para, na sequência, adentrar-se à análise das teorias da distribuição do ônus da prova, em especial a das cargas dinâmicas do ônus probatório, objeto principal deste trabalho.

#### 4 O INSTITUTO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece em seu art. 5º, incisos LIV e LV, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, como requisitos imprescindíveis do devido processo legal, a que todos têm direito, em decorrência do direito fundamental do acesso à justiça, insculpido no inciso XXXV do supracitado dispositivo do texto constitucional (BRASIL, 1988).

O direito de produzir prova é assim caracterizado como verdadeiro direito fundamental constitucionalmente assegurado, decorrente da conjugação dos direitos de acesso à justiça, ao devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (MACHADO, 2011, p. 45-46).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald salientam que da cláusula do devido processo legal se conclui existir “um direito subjetivo de influir no espírito do julgador, convencendo-o dos argumentos apresentados, o que explicita um direito constitucional à prova” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 860-861).

Na perspectiva do processo democrático, não basta viabilizar às partes o acesso (formal) à justiça (direito de ação) no que se refere apenas à inafastabilidade da jurisdição, sendo necessário primar pela possibilidade de participação isonômica dos sujeitos processuais na construção do pronunciamento final, em observância ao devido processo legal.

Segundo Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “o devido processo legal deve direcionar um procedimento que possa concretizar o direito à produção da prova, como coextensão da garantia da ampla defesa, dentro de uma estrutura técnica normativa em contraditório” (BRÊTAS, 2016, p. 104).

Enfatiza Eduardo Cambi que, sem o direito constitucional à prova, “as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial” (CAMBI, 2001, p. 113), pois estariam as partes privadas dos meios legítimos de reconstrução dos fatos e de influência no processo decisório.

Neste sentido, aponta Knijnik que “a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, *violação oculta à garantia de acesso útil à justiça*” (KNIJNIK, 2006, p. 943).

Desta forma, a prova é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, em consonância com a noção de processo constitucional, impedindo a tomada de decisões arbitrárias ou não fundamentadas (PORTO, 2016, p. 137). Por tais razões, deve configurar-se pela “conjunção-garantia dos princípios jurídicos da isonomia, ampla defesa, contraditório e do *due process of law*” (LEAL, 2005, p. 53).

Reportando-se aos momentos ou fases da atividade probatória, Cristiane Pedroso Pires afirma possuírem as partes o direito de se valer de todos os meios de prova (propositura), o direito de que as provas necessárias à busca da verdade no processo sejam admitidas (admissão), o direito à produção (realização) e o direito à valoração das provas (valoração), como desdobramentos do direito de provar, que encontra respaldo nas garantias constitucionais (PIRES, 2014, p. 18-23).

No mesmo sentido apontam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, ao afirmarem que o direito fundamental à prova tem conteúdo complexo, que este se compõe das seguintes situações jurídicas: “a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 53).

Indubitável, portanto, a existência de um direito fundamental à prova, que deve ser resguardado nos diversos momentos da atividade probatória (propositura, admissão, realização e valoração), em observância aos preceitos constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Não se pode olvidar que a prova, como instituto jurídico<sup>8</sup>, é estruturadora do procedimento, não se limitando a uma fase instrutória, conforme explica Rosemiro Pereira Leal:

A estrutura procedimental, como sequência de atos jurídicos numa relação espaço-temporal, compõe-se de elementos teóricos exigidos em leis pelo acatamento de pressupostos e condições que deverão ser claramente explicitados pelos meios (articulações, alegações) que a lei determina e pela via de instrumentos (petições e peças documentais) que formam os autos do procedimento (processo). O espaço procedimental é construído pelo tempo (prazo) das articulações na forma legal. Daí os binômios teórico-processuais espaço-elemento, tempo-meio e forma-instrumento serem categorias jurídicas que, ao integrarem a compreensão do instituto lógico-científico da prova, também propiciam o entendimento da teoria da procedimentalidade nas democracias. Infere-se que a supressão de qualquer categoria lógica do instituto da prova é descaracterizadora de sua existência legal no discurso jurídico-democrático. (LEAL, 2018, p. 271).

Segundo Paolinelli, em uma abordagem científico-democrática do instituto da prova, esta seria garantia processual-fundamental das partes, intimamente relacionada com o exercício da ampla argumentação e que viabiliza a construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios, instrumentada de acordo com os meios legalmente permitidos, para a reconstrução

---

<sup>8</sup> Segundo Rosemiro Pereira Leal, entende-se por instituto jurídico “um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação.” (LEAL, 2018, p. 268).

dos fatos objeto da narrativa no processo e à qual se encontra vinculado um ônus (PAOLINELLI, 2014, p. 39).

Assim, revela Danúbia Patrícia de Paiva que, como instituto, a prova permite a “operacionalização de direitos fundamentais, situando a parte como sujeito processual da procedimentação compartilhada” (PAIVA, 2020, p. 80). E segue:

[...] a concepção de prova no processo democrático é aquela produzida de forma “processualizada”, observando-se o devido processo constitucional, através de atividade dialógica, pelas partes e pelo juiz, a se desenvolver num espaço-tempo procedimental, a permitir a eliminação de erros e hipóteses improváveis, que se articula em fases lógico-jurídicas não passíveis de supressão (postulatória – instrutória – decisória), permitindo a fiscalidade irrestrita da comunidade jurídica constitucionalizada. (PAIVA, 2020, p. 80-81).

Dada a extrema relevância do instituto da prova, passa-se à análise de seu conceito, seu objeto, suas fontes e meios.

#### 4.1 Conceito

A conceituação do que seria prova representa tarefa bastante complicada<sup>9</sup>, tendo em vista a diversidade de sentidos que o vocábulo pode apresentar, tanto no âmbito jurídico, quanto fora dele. Com efeito, a identificação do conceito jurídico de prova foi apontada por Antonio Dellepiane como a “primeira dificuldade com que se tropeça ao abordar o estudo da prova judicial” (DELLEPIANE, 2004, p. 21).

Ao analisar a etimologia do termo “prova”, Moacyr Amaral dos Santos ensina que é derivado do latim *probatio*, que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, derivando-se do verbo *probare* (probo, as, are) significando provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar (SANTOS, 1952, p. 11).

Para Daniel Amorim Assumpção Neves, do próprio significado do termo já se percebe a possibilidade de sua utilização em diversos sentidos, sendo empregado no campo processual em diferentes acepções:

- a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz);

---

<sup>9</sup> Segundo aponta Marcelo Lima Guerra, a dificuldade da conceituação decorre da ausência de explicação ou análise minimamente satisfatória das noções básicas do direito probatório por parte da doutrina tradicional, a começar pela utilização do termo “prova” em mais de um sentido, dentre eles prova como atividade, como meio e como resultado (GUERRA, 2016).

- b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);
- c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha);
- d) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”) (NEVES, 2018, p. 724).

Afirma Eduardo Cambi que o vocábulo “prova”, juridicamente, é plussignificante, já que pode aludir-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz) (CAMBI, 2001, p. 41).

#### Segundo Rosemiro Pereira Leal, a prova

[...] instiga, à sua conceituação, reflexões nas dimensões do espaço, tempo e forma, em que o espaço seria a condição da existência do elemento de prova, o tempo seria o meio de consciência da existência do elemento de prova e a forma seria o modo de concretização instrumental (verbal ou documental) pela síntese explicativa cartularizada do meio e elemento de prova. (LEAL, 2018, 265).

Enunciando-se, pois, pelos conteúdos lógicos de aproximação dos princípios da indiciariedade (caracterizada pelos elementos integrativos da realidade objetivada no espaço), ideação (exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos meios do pensar no tempo) e formalização (instrumentação da realidade pensada pela forma legal), princípios estes conceptivos de validade e eficácia dos atos probantes em juízo, a prova constitui-se instituto jurídico que tem por finalidade a fixação dos fatos no processo (LEAL, 2018, p. 268-269).

Inobstante a pluralidade de sentidos que envolvem o termo e sua teorização como instituto jurídico, ressalta Thibau a acientificidade decorrente do hibridismo que acomete a legislação procedimental brasileira, empregando o conceito de prova em três diferentes categorias: prova como atividade, prova como meio e prova como resultado (THIBAU, 2011, p. 95).

No que se refere à prova como atividade, Paolinelli a define como “atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, pelas quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento” (PAOLINELLI, 2014, p. 43).

Neste sentido é utilizado o conceito de prova pelo Código Processual Civil de 2015 ao determinar a quem incumbe o ônus probatório (art. 373), quais fatos não dependem de prova (art. 374), a necessidade da prova do teor e vigência pela parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 376) e a preservação do direito da parte de não produzir prova contra si própria (art. 379) (BRASIL, 2015; LEAL; THIBAU, 2017).

Enquanto meio, a prova se desvincularia de uma atuação humana “para se vincular aos meios utilizados na atividade, os quais seriam responsáveis pela condução a um resultado quanto aos fatos afirmados no procedimento judicial” (THIBAU, 2011, p. 32).

Destaca Humberto Theodoro Júnior que, em sentido objetivo, prova seria entendida como o instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, dentre outros). Já na concepção subjetiva, representaria a convicção formada no espírito do julgador quanto ao fato demonstrado, em virtude da produção do instrumento probatório (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 867).

Sintetizam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que “a prova é, a um só tempo, o meio retórico, admitido por lei, direcionado a gerar um estado de convicção quanto à existência de um fato e a própria convicção produzida” (FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 856).

Também acolhe o Código de Processo Civil de 2015 a prova como meio e como resultado do convencimento do julgador, a teor dos artigos 369 a 372, que dispõem acerca do direito da parte de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos e influir na convicção do juiz; do dever do juiz em determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias; da apreciação pelo juiz da prova constante dos autos, indicando as razões da formação de seu convencimento; e a possibilidade de utilização de prova produzida em outro processo (BRASIL, 2015; LEAL; THIBAU, 2017).

Referindo-se, claramente, ao aspecto subjetivo da prova ou à prova como resultado, define Chiovenda que provar “significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo” (CHIOVENDA, 2000, p. 109).

Neste ponto, releva apontar que a admissão da prova como resultado de formação do convencimento do julgador carrega a nítida ideia de que este seria o único destinatário da prova, noção esta que, embora seja ainda difundida, não se coaduna com a perspectiva do processo constitucionalizado e democrático.

A propósito, vale citar o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), aprovado em Salvador, em novembro de 2013, que manifesta que “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz” (DIDIER JÚNIOR; BUENO; BASTOS, 2014, p. 436).

É que a cognição, assim entendida como “atividade de conhecimento a ser desenvolvida na estruturação do procedimento probatório” (PAIVA, 2020, p.108) não mais pode ser

entendida em sua acepção tradicional<sup>10</sup>, “como uma *atividade, técnica, método ou operação lógica* do juiz para a valoração dos argumentos e provas suscitados pelas partes”, para que possa, por ato de inteligência, “*intuição, sensibilidade, convicção, equidade, senso ético* e de outros fatores *psicológicos, volitivos, vivenciais, culturais, humanísticos e sociais*”, decidir as questões processuais (MADEIRA, 2008, p. 105-106).

Portanto, a atividade cognitiva não mais deve se realizar de forma solitária pelo juiz, mas conforme “um procedimento estruturado em contraditório e organizado segundo um modelo cooperativo, o que torna a participação das partes na atividade cognitiva imprescindível, e por isso muito importante” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 107-108).

Segundo destaca Madeira, embora compreenda a análise das provas e argumentos, a cognição não se resume a uma técnica à disposição do juiz ou atividade solitária de inteligência do magistrado:

Obviamente, a cognição liga-se à própria função jurisdicional e ao processo, razão pela qual muitos de seus princípios regentes orientam também a jurisdição e o processo. Em Direito, não existe cognição fora do exercício da jurisdição e da regência principiológica do devido processo. Desta forma, no atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, a COGNIÇÃO pode ser conceituada como instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos. (MADEIRA, 2008, p. 119).

Andrade ressalta que “a cognição gira em torno de provas e de argumentos encontrados nos autos que devem ser desenvolvidos segundo adequada estrutura procedimentalizada” regida pelos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, com observância do devido processo legal (ANDRADE, 2016, p. 255).

É, assim, “modo legal de verificação pelo procedimento instrumentalizado e a prova procedimental (existência de procedimento) é direito-garantia inafastável da cognição.” (PAIVA, 2020, p. 84).

Neste prisma, tendo como objetivo possibilitar às partes a introdução de informações relevantes no processo, para influenciar e fundamentar a decisão final, “a prova não pode estar adstrita, apenas, à sensibilidade do julgador, sem qualquer passagem reflexiva pelos aspectos

---

<sup>10</sup> Sintetizando e ilustrando a posição tradicional acerca da cognição, cita-se passagem de Kazuo Watanabe: “A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a cognição adequada a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar-se que o direito à cognição adequada faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural. Quando no sistema anglo-saxão, nos primórdios do constitucionalismo, se insistiu no direito ao julgamento ‘pelos seus pares’, pelos ‘homens honestos da vizinhança’, já se intuía o direito à cognição e julgamento pelos juízes que, inseridos na mesma realidade social, tivessem a sensibilidade necessária para avaliar em toda dimensão a conduta do acusado.” (WATANABE, 2000, p. 64-65).

de sua configuração teórico-constructiva, que lhe confere o caráter de instituto jurídico” (GONÇALVES, 2015, p. 67).

Realça Vitor de Paula Ramos que, colocando-se o magistrado no centro da atividade probatória e o seu convencimento como fim último dessa, adota-se modelo marcadamente hierárquico de processo (RAMOS, 2016, p. 118), revelando-se, pois, resquícios da noção bülowiana do processo, que não mais deve prevalecer.

A finalidade da prova não pode ser entendida como limitada à formação da convicção do juízo, “mas consiste na garantia de efetivação do princípio do devido processo legal às partes, que se colocam em relação horizontal e não mais triangular com ênfase na atuação do magistrado” (FREITAS; CAMPOS, 2016, p. 308).

“As provas instrumentalizadas nos autos (cartulares ou eletrônicos) e os argumentos trazidos em torno dessas constituem a forma de participação cognitiva das partes, vinculando e limitando o trabalho cognitivo do julgador”, que não pode ter por base unicamente sua razão, mas todo o exercício-argumentativo daqueles que sofrerão os efeitos do provimento (MADEIRA, 2008, p. 118-119).

Desse modo, “a cognição deve se estruturar de forma ‘processualizada’, incluindo o convencimento discursivo dos sujeitos do processo, coerente com o espaço processual participativo, a fim de permitir ampla e irrestrita fiscalidade pelas partes.” (PAIVA, 2020, p. 117).

A propósito, Thibau denuncia que

[...] se a técnica for manejada com o objetivo único de gerar o convencimento do decisor, será apenas um fazer empregado para que o nomeado Estado-Juiz continue estabelecendo isoladamente o porvir [...] a racionalidade decisória não é extraída da consciência do julgador, mas da estrutura técnica que, regida pelos princípios institutivos do processo, erige-se como espaço de plena discursividade preparatória...(THIBAU, 2015, p. 54 e 61)

Neste diapasão, entende Ronaldo Brêtas que a prova é dirigida ao processo como principal e direto destinatário, porque “é no processo - entendido como espaço procedimental compartilhado, cognitivo e argumentativo - que cada parte apresenta suas narrativas fáticas e respectivas provas [...]” (BRÊTAS, 2015, p. 190-191), que serão apreciadas, independentemente do sujeito que a tiver promovido, nos termos do art. 371 do Código de Processo Civil de 2015.

Desta forma, segundo a definição apresentada por Rosemiro Pereira Leal, provar é “representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei” (LEAL, 2018, p. 265).

A prova, portanto, em âmbito processual, pode ser assim entendida como o resultado da demonstração da ocorrência dos fatos narrados pelas partes, pelos meios legalmente admitidos, para formação do convencimento acerca da veracidade dos fatos alegados.

Conceituado o instituto da prova, faz-se necessário abordar, na sequência, o que constitui seu objeto.

## 4.2 Objeto

Em que pese a necessidade de que toda prova possua um objeto, a determinação acerca do que se trata o objeto da prova divide opiniões, de modo que há quem entenda serem os fatos, enquanto outros consideram serem as alegações de fato, conforme se demonstra a seguir.

Filiando-se à primeira corrente doutrinária, discorre Humberto Theodoro Júnior que “a prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, relevantes para o julgamento da causa” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 870). Isso se daria “porque nem sempre o objeto de prova é constituído de alegações, bastando lembrar os fatos que podem ser considerados de ofício pelo juiz, ainda que as partes não os tenham alegado no processo” (NEVES, 2018, p. 729).

Neste sentido também entende Pontes de Miranda:

[...] a prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático, ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fático resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos; é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos. (PONTES DE MIRANDA, 1958, p. 485).

Nos dizeres de Taruffo, a “prova é o meio exclusivo de conhecimento da verdade dos fatos”, ou seja, é aquilo que permite ao juiz adquirir as informações necessárias “para estabelecer a verdade dos enunciados relativos aos fatos da causa” (TARUFFO, 2014, p. 81).

Em análise ao objeto da prova, Rosemiro Pereira Leal alerta que:

Parece-nos equivocado ensinar que o objeto da prova é o “fato narrado na ação ou na defesa”, porque o objeto do instituto da prova é a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (art. 93, incs. IX e X, CF/1988) do provimento (ato decisório), não sendo, portanto, o “fato” que, como vimos, é tão somente elemento de prova (LEAL, 2018, p. 270).

Por outro lado, há quem entenda que a prova versa sobre as alegações de fato, tendo em vista que “a veracidade atinge exclusivamente as alegações de fato, que podem ser falsas ou verdadeiras” (NEVES, 2018, p. 729), dentre eles: Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, 2017) e Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, 2016).

Daniel Colnago Rodrigues e João Pereira Monteiro Neto também apontam as alegações das partes como objeto da prova, por serem “as alegações, constitutivas de assertivas acerca de episódios fenomênicos (fatos), os elementos possíveis à reconstrução fática” (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016, p. 503).

Daniel Amorim Assumpção Neves, a seu turno, defende que o melhor, portanto, é afirmar que o “objeto de prova não são os fatos nem as alegações, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz” (NEVES, 2018, p. 729).

Não obstante a divergência apontada, a partir da análise dos artigos 369 e 374 do CPC de 2015, é possível extrair que a legislação processual admite como objeto da prova os fatos sobre os quais se funda o pedido ou a defesa, não dependendo de provas os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (BRASIL, 2015).

É possível distinguir, com relação aos fatos, a prova direta e a prova indireta. Enquanto a primeira está relacionada a demonstração da existência do próprio fato narrado nos autos, a segunda é aquela que evidencia outro fato, através do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 871-872).

São, portanto, as questões de fato que, em regra, serão objeto da prova, assim entendidas as questões que se passam “no plano da verificação das circunstâncias com base nas quais seria possível considerar existente o suporte material necessário à aplicação do direito discutido no processo” (FONSECA, 2010, p. 68).

Isso porque quanto às questões de direito, que tratam somente da aplicação da norma ao caso concreto, aplica-se o princípio *jura novit curia* (o juiz conhece a lei), sendo este excepcionado apenas quando se tratar de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, invocados pelas partes e exigido pelo julgador (art. 376, CPC/2015), ocasião em que, excepcionalmente, caracterizar-se-á objeto de prova.

Examinado o objeto da prova, passa-se à análise da distinção entre fontes e meios de prova.

### **4.3 Fontes e meios**

A distinção entre fontes e meios de prova não se revela costumeira na prática jurídica, sendo certo que, por vezes, legisladores e juristas utilizam apenas o termo “prova” para se referirem tanto aos meios quanto às fontes.

Humberto Theodoro Júnior caracteriza a fonte de prova como aquilo de que a parte se utiliza para comprovar o fato inspecionado, tais como o relato de uma testemunha, o efetivo conteúdo de um documento, o teor de uma confissão ou a informação técnica prestada pelo perito (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 870). São, pois, elementos externos ao processo, tendentes a demonstrar as alegações feitas pelas partes (THAMAY; RODRIGUES, 2016, p. 237).

Quanto à fonte, as provas podem ser: a) pessoais: é a que se extrai de afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados; b) real: é a que se deduz do exame das coisas, consistindo, pois, na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 56).

Por sua vez, meios de prova seriam os modos admitidos em lei genericamente para a realização da prova, como o testemunho, o documento, a confissão, a perícia, a inspeção judicial, o indício (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 870), sendo, assim, internos ao processo, tidos como as formas legalmente previstas para a sua produção (THAMAY; RODRIGUES, 2016, p. 237).

Verifica-se, portanto, a sutil diferença existente entre as noções de fontes e meios de prova, que embora válida no âmbito acadêmico, acabam por gerar confusões em sua aplicação na prática jurídica.

Estabelecidas as noções concernentes ao referido instituto, passa-se ao estudo do ônus da prova e ao exame da aplicação da sua distribuição.

#### **4.4 O ônus da prova**

A produção das provas necessárias à demonstração dos fatos alegados, como exercício de um direito fundamental e de participação na atividade jurisdicional, demanda organização e estruturação de regras que possam guiar a atividade instrutória a ser desenvolvida pelas partes no tramitar da ação proposta, estabelecendo os encargos impostos à cada uma delas, cuja desoneração poderá levar ao provimento final favorável.

Ressaltam Flávio Quinaud Pedron e Isadora Costa Ferreira que:

[...] as regras estabelecidas pelo ônus da prova são essenciais para o processo brasileiro e se mostram muito relevantes, pois, elas estão diretamente relacionadas com o direito de acesso à jurisdição qualitativo, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da

Constituição de 1988, eis que somente com uma instrução probatória adequada chegue-se a uma decisão legitimamente construída em contraditório (PEDRON; FERREIRA, 2018, p. 02).

Todavia, de toda a teoria da prova, aponta Chiovenda, “a disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo” (CHIOVENDA, 2000, p. 443), caracterizando-se “a coluna vertebral do processo civil” (ROSENBERG, 1955, p. 228).

Para Humberto Theodoro Júnior, o ônus da prova refere-se à atividade processual de pesquisa da verdade acerca dos fatos que servirão de base ao julgamento da causa. Deste modo, aquele a quem a lei atribui o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe foi atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser acolhida na decisão judicial (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 893).

A primeira observação que merece destaque no estudo do ônus da prova é a diferenciação dos conceitos de ônus e obrigação. Isso porque ônus não se confunde com obrigação. Diferentemente do que ocorre na obrigação, em que há o direito da parte em exigir seu cumprimento, o ônus implica uma faculdade de cumprir ou não a norma jurídica, assumindo os riscos das consequências de seu descumprimento.

Com efeito, Suzana Santi Cremasco afirma que fica a critério exclusivo do interessado, por razões de conveniência, oportunidade ou estratégia, decidir acerca da realização do ato, não podendo a parte contrária, o juiz ou quem quer que seja impor que ele o faça (CREMASCO, 2009, p. 25).

Buzaid aponta que um dos grandes méritos de Carnelutti foi o de estabelecer a distinção entre ônus e obrigação. E segue:

Para CARNELUTTI, basta esta reflexão para se entender a distinção entre o conceito de obrigação e o de ônus. Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. Obrigação e ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio. Correlativa à idéia de ônus está, portanto, a idéia de risco, não a idéia de subordinação, ou sujeição (BUZOID, 1962, p. 126-127).

Couture considera o ônus como uma situação passiva, consistente em uma conduta estabelecida no interesse do próprio onerado. A diferença entre ônus e obrigação, portanto, não residiria no vínculo da vontade, que se encontra presente em ambos, mas em que na obrigação o vínculo é imposto por um interesse alheio (o do credor), enquanto no ônus está imposto por um interesse próprio (COUTURE, 1997, p. 212-213).

A distinção dos termos revela-se oportuna na medida em que a assunção da hipótese contrária levaria à conclusão de que, ausente a produção de provas por uma das partes, sua omissão levaria, invariavelmente, à uma decisão desfavorável, como sanção ao não cumprimento da hipotética obrigação de produzir provas, ainda que o pronunciamento judicial se mostrasse absolutamente desconectado do conjunto probatório, o que não se pode assumir como razoável.

Dessa forma, aponta Pires, “não existe o dever de provar”, o que torna as partes livres “para utilizar ou não os meios necessários da atividade probatória” (PIRES, 2014, p. 24).

Consideradas, assim, as afirmações precedentes, pode-se concluir que o ônus da prova consiste no encargo atribuído à parte de provar a veracidade dos fatos por ela alegados, assumindo o risco de obter decisão desfavorável acaso não exercida a faculdade que lhe é posta pela norma.

Relevante ainda se faz destacar que o ônus probatório foi concebido a partir de duas diferentes perspectivas: o ônus subjetivo e o ônus objetivo da prova.

No tocante ao primeiro aspecto (subjetivo), as regras que estabelecem a distribuição do *onus probandi* funcionam como normas de procedimento ou regra de conduta das partes, uma vez que influenciam sua atividade na instrução processual.

Com efeito, acentua Barbosa Moreira que “o desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa” (MOREIRA, 1980, p.74).

Nessa perspectiva, a ciência prévia acerca de quem incumbe a produção da prova mostra-se como verdadeiro alerta aos litigantes sobre os riscos de não produzir as provas adequadas e necessárias à demonstração do direito material pretendido (CARVALHO, 2017, p. 348).

Segundo ressalta Paolinelli, as partes são destinatárias das normas relativas à distribuição dos ônus probatórios, que orientam seu comportamento durante a instrução processual, que pode se voltar à produção das provas ou mesmo à assunção do ônus decorrente da omissão consciente, autônoma e voluntária da parte que decide não produzir provas (PAOLINELLI, 2014, p. 81).

Já na vertente objetiva, é dito tratar-se de regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz ao proferir a sentença, quando inexistente ou insuficiente a prova produzida. Isso porque, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora proibição geral do *non liquet*, que decorre do art. 5º, inciso XXXV, da CR/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça

a direito”), reproduzido no artigo 3º do CPC/2015 (“não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”), conjuntamente com o art. 140 do CPC/2015, pelo qual “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. (BRASIL, 1988; BRASIL, 2015).

Deste modo, não havendo nos autos provas suficientes ao seu convencimento acerca da ocorrência dos fatos alegados, o magistrado, impedido de se recusar ou se abster a julgar, deverá fazê-lo utilizando-se da regra do ônus probatório como critério de julgamento, imputando o resultado desfavorável à parte que não se desincumbiu do ônus que lhe era atribuído.

Quanto aos dois aspectos do ônus da prova, esclarece Daniel Amorim Assumpção Neves que:

O aspecto subjetivo só passa a ter relevância para a decisão do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo: diante de ausência ou insuficiência de provas, deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual (NEVES, 2018, p. 735).

É, portanto, de se dizer que ambos os aspectos (objetivo e subjetivo) se encontram relacionados, tendo em vista que o estímulo à atividade instrutória das partes “tem precisamente o propósito de evitar que o julgamento seja feito mediante a aplicação de regras como as do artigo 333 do CPC/73 (art. 373 do NCPC).” (YOSHIKAWA, 2016, p. 562).

Pacífico revela que a necessidade prática de se estabelecer critérios para a distribuição do ônus da prova entre as partes já se encontrava presente desde o direito romano, em que a posição ocupada pelas partes no processo era de grande importância, inclusive considerando-se o réu excipiente como autor, para o fim de atribuir-lhe o ônus da prova (PACÍFICO, 2001, p. 78).

Ao longo dos anos, uma série de processualistas – a exemplo de Bentham, Webber, Fitting, Demogue, Chiovenda, Carnelutti, dentre outros – buscaram definir o melhor critério para a distribuição do ônus de provar, elaborando diferentes teorias, as quais se passa a expor no tópico subsequente, apontando suas linhas gerais.

#### 4.4.1 As teorias da distribuição do ônus da prova

Desde o direito romano já se observava a preocupação com a fixação de critérios de repartição dos ônus probatórios entre as partes. De início, firmou-se, pela regra *semper onus probandi ei incumbit qui dicit*, que seria sempre do autor o ônus de provar o fato por ele afirmado ao ingressar em juízo. Assim, eximia-se da prova a parte que apenas negasse a afirmação do autor, tendo em vista que da negativa não caberia prova (SANTOS, 1952, p. 95).

Posteriormente, admitindo-se que a defesa do réu, por vezes, consistia na articulação de novos fatos, estabeleceu-se ser necessária a prova de certas negativas, assumindo o réu a posição de autor em relação à exceção oposita (SANTOS, 1952, p. 96-97).

Tais princípios foram acolhidos, por longo período, levando à prevalência da distribuição do ônus da prova com base na natureza ou qualidade dos fatos. Contudo, a insuficiência da teoria das negativas outrora adotada fez com que se buscasse um critério baseado na posição das partes, que pudesse dividir o ônus entre ambas, reconhecendo-se, pois, caber a cada uma delas o ônus da prova de suas respectivas alegações (PAOLINELLI, 2014, p. 84-85).

Contudo, observada, novamente, a insuficiência da teoria, porquanto existir fatos integrantes da *intentio* (pretensão formulada em juízo) cuja prova era incumbida ao réu e fatos relativos à *exceptio* cuja prova onerava o autor (PACÍFICO, 2000, p. 54), várias outras teorias buscaram solucionar a questão.

Segundo Buzaid, elas podem agrupar-se em duas classes: as teorias de inspiração civilística (antigas) e as teorias processualísticas (modernas). Dentre as denominadas teorias antigas, baseadas nos textos romanos, estão aquelas elaboradas por Bentham, Webber, Bethmann-Hollweg, Fitting, Gianturco e Demogue. Por outro lado, as teorias modernas seriam aquelas atribuídas à Chiovenda, Carnelutti, Betti, Rosenberg e Micheli (BUZOID, 1962, p. 133).

Jérémie Bentham baseia sua doutrina na ideia de que a carga da prova, em um regime de justiça franco e simples, deve ser imposta, em cada caso concreto, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, isto é, menos demora, aborrecimentos e gastos. (BENTHAM, 1959b, p. 149).

Partindo da premissa de que se deve proteger o autor, que não ingressaria com a ação senão quando convencido de sua justiça, não haveria um princípio norteador da distribuição do ônus probatório, ficando ao juiz examinar e deliberar, caso por caso, a qual das partes cumpriria trazer a prova dos fatos (SANTOS, 1952, p. 100).

Igualmente René Demogue sustenta que a obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a puder desempenhar com menos incômodo, baseando-se, contudo, no princípio da solidariedade entre as partes. Estabelece, ainda, que aquele que prova não é obrigado a estabelecer todas as condições necessárias à existência do

seu direito, mas somente as condições que o tornam verossímil<sup>11</sup> (DEMOGUE, 1911, p. 550-553).

Em que pese não ostentarem novidade os princípios apontados por Demogue, uma vez que o primeiro reproduz o princípio da normalidade, exposto por outras teorias, e o segundo já havia sido sustentado por Bentham, é de realçar-se que Demogue logrou estabelecer a distinção entre as obrigações de meio e as de resultado, valendo-se de elementos do plano do direito material (natureza da obrigação) para a distribuição do ônus da prova (PACÍFICO, 2001, p. 92-93).

Na teoria de Webber, a distribuição do *onus probandi* deve se dar pelo critério da normalidade, de que modo que “quem procura fazer valer um direito – ou uma liberação de direitos ou de usurpação de outro – é obrigado a provar os fatos incertos, cuja verdade constitui o pressuposto do direito ou da liberação” (ZANETI, 2011, p. 96-97).

Todavia, assumindo a indeterminação do conceito de liberação de direitos ou usurpações, Webber complementou o enunciado, aduzindo que, para a prova do fundamento do direito, basta a das suas condições essenciais, aquelas que lhe dão origem, enquanto a ausência delas deve ser provada pelo réu (PACÍFICO, 2001, p. 85).

Para Bethmann-Hollweg, a norma *affirmanti incumbit probatio* se aplica às relações jurídicas e não aos fatos alegados. Assim, “estabelece o princípio fundamental da sua teoria: a quem afirma um direito cabe provar-lhe a existência (SANTOS, 1952, p. 101), sendo, portanto, indiferente a natureza do fato alegado.

A prova do direito, por sua vez, se daria mediante a prova da sua origem, com base nos requisitos próprios, imediatos, essenciais que, em regra, lhe dão origem. Assim, provada a origem do direito, presume-se a sua persistência, cabendo ao adversário a prova de fatos que desfaçam a presunção, demonstrando, pois, sua extinção (PACÍFICO, 2001, 86).

Segundo Fitting, o ônus de provar seria imposto àquele que afirmasse fato anormal, ou seja, somente fatos extraordinários careceriam de prova, pois fatos habituais e normais não precisariam ser provados (PIRES, 2014, p. 35-36).

Podem ser resumidos os resultados obtidos por Fitting em dois princípios:

- 1) Quem tem um interesse em que, em um caso, se reconheça como intervindo a ação ou, respectivamente, a reação de uma norma jurídica, deve, onde ocorra, provar os pressupostos de fato que a informam.
- 2) Só a afirmação de uma mudança de um estado

---

<sup>11</sup> No original: “[...] *Celui qui prouve n'a pas à établir toutes les conditions nécessaires pour l'existence de son droit. Il a seulement à prouver des conditions telles que son droit soit vraisemblable. [...] Le second principe sur la charge de la preuve est celui que Bentham indiquait déjà, c'est que l'obligation de celle-ci doit être, dans chaque cas individuel, imposée à celle des parties qui peut la remplir avec le moins d'inconvénient, c'est-à-dire le moins de délais, de vexations, de frais.*” (DEMOGUE, 1911, p. 550-553).

anterior necessita de prova, que não a permanência do mesmo: *affirmanti non neganti incumbit probatio* (PACÍFICO, 2001, p. 89).

Gianturco, tecendo críticas aos princípios enunciados por Fitting e buscando um princípio universal, resolve a questão do ônus probatório com a indagação da vantagem ou desvantagem da prova de determinado fato: deve provar quem da prova auferir vantagem<sup>12</sup> (GIANTURCO, 1906, p. 430-433).

Passando à análise das denominadas teorias modernas, aponta-se que, na perspectiva de Giuseppe Chiovenda, é difícil a “formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova, assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta e real” (CHIOVENDA, 2009, p. 934). Deste modo, a repartição do ônus da prova decorreria de uma razão de oportunidade, sendo feita de modo que deixe a cada uma das partes fazer valer os fatos que ela tem interesse em que sejam considerados pelo juiz como verdadeiros. Portanto, o ônus probatório se fundaria no interesse em provar e se inspiraria num critério de mera oportunidade (CHIOVENDA, 2000, p. 503).

Francesco Carnelutti, por sua vez, distingue o interesse na afirmação dos fatos e o interesse na prova. Enquanto o interesse de provar é bilateral, porquanto uma vez afirmado o fato ambas as partes têm interesse em fazer a prova de sua existência ou inexistência, o interesse na afirmação é unilateral. Dando destaque ao interesse na afirmação dos fatos, aponta que “o critério que nossa lei adota para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação repousa sobre o interesse quanto à afirmação da própria” (CARNELUTTI, 2000, p. 133).

Cristiane Pedroso Pires assenta que, apesar dos detalhes que diferenciam os entendimentos dos dois doutrinadores (Chiovenda e Carnelutti), ambos distribuem o ônus probatório de acordo com a classificação dos fatos em constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos do direito e que grande parte dos ordenamentos adotam até hoje a denominada visão estática do ônus da prova, dentre eles o brasileiro (PIRES, 2014, p. 38).

Já em Betti, considera-se que o critério que orientaria o ônus da prova seria o ônus da afirmação que, por sua vez, é determinado pelo ônus da demanda, que assume duas posturas diferentes, apresentando-se da parte do autor como ônus da ação e da parte do réu como ônus da exceção<sup>13</sup> (BETTI, 1936, p. 337).

<sup>12</sup> No original: “[...] Ognuno s’indurrà a provare solo in quanto la prova tenda al conseguimento de un proprio vantaggio: chi prova tende a procurarsi un vantaggio.” (GIANTURCO, 1906, p. 430-433).

<sup>13</sup> No original: “L’onere della prova è determinato – giova insistere – dall’onere dell’affermazione, e questo, a sua volta, è determinato dall’onere della domanda, che assume due atteggiamenti differenti, presentandosi, da

Por outro lado, pode-se verificar em Rosenberg, Micheli e Echandia uma nova abordagem do ônus da prova, centrada em seu aspecto objetivo, como técnica de julgamento.

A respeito da objetivação do ônus da prova, Paolinelli assevera que:

A literatura jurídico-processual percebeu que as regras de repartição do ônus poderiam auxiliar o órgão jurisdicional na tarefa de julgar, considerando três razões: (1) o órgão jurisdicional não pode abster-se de decidir os casos levados à sua apreciação; (2) ao julgar, o juízo deve levar em conta todo o conjunto de provas carreadas nos autos, independentemente de quem as tenha produzido (princípio da aquisição processual); (3) há situações de incerteza quanto às provas produzidas nos autos. (PAOLINELLI, 2014, p. 97).

Nesta linha, defende Leo Rosenberg que incumbe a cada parte provar os pressupostos de fato das normas que lhe são favoráveis, isto é, se determinado preceito jurídico é indispensável ao êxito da pretensão de uma das partes, cabe a ela suportar o ônus da afirmação e da prova de que as características definidoras desse preceito estejam realizadas nos fatos<sup>14</sup> (ROSENBERG, 1956, p. 91).

Para Rosenberg, a aplicação do direito é o resultado de um silogismo e o problema da distribuição do encargo probatório residiria na premissa menor, ou seja, diante da incerteza sobre uma questão de fato, o juiz, como não pode pronunciar *non liquet*, precisa de instrução quanto ao conteúdo da sentença que deve proferir. Deste modo, atribui acentuada importância ao ônus objetivo da prova, capaz de autorizar o pronunciamento judicial nas hipóteses em que ausente a comprovação dos fatos (PACÍFICO, 2001, p. 112-113).

Igualmente atrela Micheli o ônus da prova à necessidade de o juiz julgar em qualquer hipótese, mesmo na ausência de elementos suficientes à formação de seu convencimento. Porém, sustenta que a análise da repartição do ônus probatório é estabelecida precipuamente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pedido e tal relação é determinada pelo direito material e pelo direito processual<sup>15</sup> (MICHELI, 1966, p. 438).

Echandia, a seu turno, ressaltando a aproximação das teorias de Micheli e Rosenberg, sintetiza a regra de distribuição do ônus de provar um fato de modo a corresponder à parte cuja pretensão ou exceção o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica

---

*parte dell'attore, quale onere dall'azione, e da parte del convenuto, quale onere dell'eccezione (reus in excipiendo fit actor)*". (BETTI, 1936, p. 337).

<sup>14</sup> No original: "La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de esse precepto están realizadas en los hechos" (ROSENBERG, 1956, p. 91).

<sup>15</sup> No original: "La ripartizione dell'onere del carico della prova paia stabilita precipuamente dalla posizione occupata dalla parte medesima, rispetto all'effetto giuridico richiesto: siffatta relazione è determinata dal diritto sostanziale, in quanto quest'ultimo disciplina la fattispecie legale, dal diritto processuale, in quanto si tenga presente il profilo unilaterale, adoto da ciascuna parte nel processo, cioè la situazione processuale posta in essere dalla parte, la quale avanzi una propria domanda in giudizio." (MICHELI, 1966, p. 438).

aplicável. Assim, qualquer que seja sua posição processual, a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido<sup>16</sup> (ECHANDÍA, 1988, p. 490).

Cada uma das teorias expostas contribuíram, a seu tempo e em alguma medida, para o desenvolvimento dos estudos acerca do melhor critério de repartição do ônus da prova entre as partes, influenciando, sobremaneira, as teorias subsequentes, até os dias atuais.

Contudo, é necessário ressaltar que os destaques a uma ou outra funcionalidade das normas que disciplinam a distribuição dos ônus probatórios “não se compatibilizam com o modelo de processo democrático”, pois “ou afastam o princípio da aquisição processual”, no caso de restrição à função subjetiva do ônus de provar, “ou violam o contraditório como garantia de influência e não surpresa”, quando se ressalta seu aspecto objetivo (PAOLINELLI, 2014, p. 116).

Averiguado o conceito do ônus da prova e as principais teorias formuladas para buscar explicar sua distribuição entre as partes, passa-se à apreciação da regulamentação da distribuição dos encargos probatórios, nos moldes previstos nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.

#### 4.4.2 A regulamentação do ônus da prova nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973

Desde o Código de Processo Civil de 1939, observa-se que a teoria que orienta a distribuição do ônus da prova entre as partes “foi inspirada nas doutrinas de Betti, Chiovenda e Carnelutti e vincula-se às teorias formuladas que têm como base a natureza dos fatos e a posição de cada parte em juízo” (PIRES, 2014, p. 25).

Isso se verifica da leitura do artigo 209 do Código de Processo Civil de 1939, que disciplinava a distribuição do ônus da prova, de forma estática, nos seguintes termos:

Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas.

§ 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§ 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação (BRASIL, 1939).

Segundo Buzaid, aí estão os princípios que definem o ônus subjetivo da prova. O Código aceita a distinção entre fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos e segue a

---

<sup>16</sup> No original: “Corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo com la norma jurídica aplicable; o, expresada de outra manera, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.” (ECHANDÍA, 1988, p. 490).

construção elaborada pela doutrina italiana, distribuindo o ônus da prova entre as partes em correspondência com o ônus da afirmação (BUZAID, 1962, p. 139).

Por outro lado, o art. 118 do Código de 1939, que preceitua que “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu consentimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte”, teria sancionado o princípio do ônus objetivo da prova (BUZAID, 1962, p. 139-140).

A respeito, afirma Buzaid:

Esta orientação adotada pelo Código brasileiro está em perfeita harmonia com a evolução do direito processual civil contemporâneo, que substituiu o juiz inerte pelo juiz ativo, conferindo-lhe atividade instrutória, não para sanar as deficiências da prova que a parte deixou de produzir, mas para formar o seu convencimento, como órgão jurisdicional, a quem toca a direção do processo. (BUZAID, 1962, p. 140).

A lógica exposta no diploma processual civil anterior foi replicada pelo Código de Processo Civil de 1973, que abarcou as teorias fundadas na posição ocupada pelas partes no processo e na natureza dos fatos que fundamentam suas pretensões. Assim regulamentou o Código de 1973:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 1973)

Mediante aplicação da regra estática prevista no referido artigo, tem-se, portanto, que sobre o autor recairá o ônus da prova dos fatos que originaram o direito cujo reconhecimento pleiteia em juízo. Ao réu, por sua vez, incumbirá demonstrar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, obstando a procedência da pretensão deduzida em juízo. Acerca destes últimos, esclarecem Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

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 (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 134-135).

Neste sentido busca esclarecer Daniel Amorim Assumpção Neves que, em relação ao réu, a simples negação do fato alegado pelo autor não lhe acarreta o ônus da prova. Ainda que possa, se desejar, tentar demonstrar a inverdade das alegações de fato feitas pelo autor, caso

não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor comprove a veracidade de tais fatos, situação em que o juiz passa a ter interesse na existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito (NEVES, 2018, p. 735-736).

Além de ratificar a regra até então adotada no Código de 1939, é importante verificar que o legislador de 1973 incluiu, no parágrafo único do dispositivo, a possibilidade de as partes, por meio de convenção, distribuírem o ônus da prova de modo diverso da regra estática exposta no *caput* e previamente fixada em lei, desde que não recaísse sobre direito indisponível ou que não torne excessivamente difícil para a parte o exercício do direito.

Creiasco considera este o primeiro indicativo de que “a sistemática de repartição do encargo probatório no direito brasileiro não é imutável e inflexível” (CREMASCO, 2009, p. 63).

Quanto à distribuição estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC de 1973, revela Bruna Braga da Silveira:

Até mesmo pelo contexto liberal-individualista em que aquela norma foi elaborada, verificava-se sua intenção em primar pela igualdade formal entre as partes, dividindo de maneira igualitária o ônus da prova entre os litigantes, buscando segurança jurídica pela previsibilidade no procedimento e pela imparcialidade no tratamento das partes (SILVEIRA, 2016, p. 212-213).

Esclarece Artur Thompsen Carpes que “o critério pelo qual se examina a igualdade entre as partes na atividade probatória encontra-se ligado às efetivas possibilidades de prova: quem alega a existência de determinado fato possui melhores condições de prová-lo” (CARPES, 2016, p. 202).

Contudo, a distribuição do ônus probatório de forma estática “encarna uma lupa redutora da complexidade (riqueza da vida)” (DUARTE; PEREIRA, 2015, p. 183) e não é difícil vislumbrar, pois, que a regra não garante, de maneira satisfatória, a igualdade das partes no processo, uma vez que a presunção de igualdade formal pode acabar, na prática, onerando demasiadamente uma delas em detrimento da outra.

Se o alicerce central do sistema estático é garantir maior segurança jurídica, com fundamento na previsibilidade de um encargo prefixado, em muitos casos, “a produção de determinada prova por uma das partes – sobre a qual recairia a priori o ônus probatório – pode ser praticamente impossível ou muito difícil de ocorrer, como que acontece, por exemplo, nas chamadas provas diabólicas” (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016, p. 509).

Portanto, a igualdade de condições de acesso à prova, sobre a qual se baseia a regra de distribuição estática, representa, por vezes, uma falácia, posto que a parte encarregada da produção de determinada prova pode não se encontrar em condições favoráveis para fazê-lo.

Conforme enfatizado por Eduardo Cambi, tal forma de distribuição está muito mais preocupada com a decisão judicial e, por mostrar-se diabólica, pode inviabilizar a tutela do direito substancial lesado ou ameaçado (CAMBI, 2016, p. 249).

Sobre a insuficiência da regra estática, discorre Sabrina Nasser de Carvalho:

Reconhecer estas limitações das técnicas processuais é imprescindível para melhor compreender e interpretar os institutos, mas isso não representa a comodidade de não se perseguir técnicas e valores consentâneos com o alcance de uma elevada probabilidade da ocorrência de determinado fato ou de proporcionar ao juiz condições possíveis e razoáveis para um julgamento procedimentalmente justo. (CARVALHO, 2017, p. 355).

Nesse contexto, aliado à necessidade de conformação da legislação processual aos direitos constitucionais, novas teorias surgiram, visando possibilitar a distribuição do *onus probandi*, de modo diverso, dinâmico, mais flexível, a fim de viabilizar que os elementos necessários à demonstração dos fatos efetivamente fossem apresentados nos autos, para a solução do conflito e aplicação do direito material.

## 5 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Segundo ressalta Maurício Ferreira Cunha, a compreensão qualificada de qualquer questão jurídica passa, fundamentalmente, pela necessidade do seu exame sob uma perspectiva histórica, uma vez que tentar justificar a existência de qualquer instituto sem o decisivo viés que possibilite o conhecimento dos seus antecedentes ao longo dos anos equivale a uma navegação em mar revolto e desprovido de qualquer rota indicativa (CUNHA, 2016, p. 292).

Deste modo, após abordagem das premissas históricas que levaram ao estágio atual de regulamentação dos ônus probatórios, ao menos em seu aspecto estático, passa-se, neste tópico, à análise da evolução da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, buscando, em seus antecedentes, as bases fundamentais para correta aplicação do instituto.

Afirma Suzana Cremasco que, já no início do século XX, na Alemanha, além de ter sido adotada pelos §§ 282, 285, 831, 891 e 892 do BGB, a carga dinâmica já encontrava respaldo do Supremo Tribunal de Justiça Alemão, que a aplicava em casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima, responsabilidade em matéria de consumidores, de aclaração e comunicação nos negócios jurídicos, de condições gerais de contratação, de direito do trabalho, de contratos financeiros e de direito ambiental (CREMASCO, 2009, p. 69).

Também na Espanha, o Tribunal Supremo, tendo em vista a insuficiência do critério de repartição do ônus previsto no art. 1214 do Código Civil Espanhol, aplicava a flexibilização dos encargos probatórios, em razão da obrigação das partes de colaborarem com o Poder Judiciário na descoberta da verdade e da obtenção de um resultado justo, sobretudo nos casos de concorrência desleal e de publicidade ilícita (CREMASCO, 2009, p. 69).

De todo modo, aponta-se que a flexibilização proposta pela teoria da carga dinâmica da prova, diante da caracterização da situação de desigualdade entre as partes, quanto à produção das provas, teve origem nos estudos de Jérémie Bentham, que, conforme elucidado em tópico anterior, defendia que o ônus da prova deveria ser atribuído, caso a caso, à parte que pudesse satisfazê-lo com menores inconvenientes (BENTHAM, 1959b, p. 149).

Esses ideais foram incorporados, no final do século XX, pela doutrina argentina de Jorge Walter Peyrano, o principal difusor da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em sua moderna concepção<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Segundo Daniel Carneiro Guerra, embora Bentham já afirmasse, em 1823, que o ônus da prova deveria ser imposto à parte que pudesse cumpri-lo com menos inconvenientes, não se pode perder de vista que o autor foi, ao lado de John Stuart Mill, um dos responsáveis pela sistematização e divulgação do Utilitarismo, pelo que a ideia da divisão dos ônus probatórios levava em conta apenas aspectos econômicos e particulares. Dessa forma, a

As doutrinas de Peyrano e Bentham demonstram, contudo, clara distinção quanto ao escopo de sua utilização. Isso porque, enquanto Bentham defendia, como regra geral, a distribuição do ônus da prova a partir de um critério flexível, verificável pelas circunstâncias do caso concreto, Peyrano deixa nítido seu caráter excepcional, defendendo sua aplicação apenas nas hipóteses em que as regras rígidas não sejam suficientes para dar adequada solução ao litígio:

Do que se trata, então, não é promover outra regra rígida de distribuição do ônus da prova que atenda em pé de igualdade com os parâmetros legalmente regulamentados, mas formular uma diretriz 'excepcional' que só funcione onde manifestamente operam mal porque foram feitas para suposições 'normais e atuais' que não são o caso (PEYRANO, 2008, p. 24)<sup>18</sup>.

A estruturação da teoria de Peyrano também contou com os fundamentos de James Goldschmidt, que vislumbrava o processo a partir de uma consideração dinâmica. Opondo-se à teoria bullockiana do processo enquanto relação jurídica (já abordada neste estudo), Goldschmidt concebeu sua teoria do processo como situação jurídica, defendendo que os vínculos entre as partes não se dariam a partir de obrigações e deveres, mas por situações de expectativa da conduta judicial a ser produzida, na perspectiva de uma sentença favorável, sendo o processo um conjunto de possibilidades e ônus (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 21-22).

Acerca da influência de Goldschmidt na doutrina de Peyrano, esclarece Paolinelli:

A teoria do processo como situação jurídica concebida por James Goldschmidt influenciou os juristas argentinos na construção da concepção de ônus dinâmico, porque Goldschmidt ponderava que, no processo, as partes vivenciam concretamente uma situação jurídica de expectativa de tutela jurisdicional do Estado. Assim, a teoria concebida pelo autor defendia uma espécie de “consideração dinâmica do processo”, porque no caso concreto é que surgiriam as expectativas, possibilidades e ônus para as partes. A partir dessa consideração dinâmica da estrutura processual, os teóricos argentinos passaram a vislumbrar a possibilidade de dinamicização do ônus probatório. Isso não quer dizer, contudo, que a concepção de distribuição do ônus da prova em Goldschmidt era dinâmica. Pelo contrário, a ideia de ônus da prova, importada como espécie dos ônus processuais na teoria Goldschmidtiana, seguiu o modelo estático de distribuição (PAOLINELLI, 2014, p. 120).

Em que pese a sistematização da “Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas” ter ocorrido apenas no final do século XX, já em 1957 era possível encontrar, na jurisprudência da

---

distribuição dinâmica do ônus da prova, “se não foi uma criação exclusivamente argentina, com certeza ganhou seus atuais contornos e fundamentos através do trabalho dos processualistas *Hermanos*, que revigoraram seu ideário em harmonia com os novos paradigmas do processo civil”. (GUERRA, 2009, p. 24).

<sup>18</sup> Tradução livre do original: “*De lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en un pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta ‘excepcional’ que solo puede funcionar allí donde aquéllas manifestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos ‘normales y corrientes’ que no son los correspondientes al caso*” (PEYRANO, 2008, p. 24).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, na Argentina, precedente envolvendo a aplicação da distribuição dinâmica, ainda que sem referência expressa à teoria<sup>19</sup> (CREMASCO, 2009, p. 71).

Segundo aponta Carlos Alberto Carbone, o primeiro congresso a abordar a temática da teoria das cargas probatórias dinâmicas foram as *Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático*, na cidade de Junín, em outubro de 1992 (CARBONE, 2008, p. 213).

Cita Peyrano a declaração formulada pela *Comisión de Derecho Procesal*, naquela oportunidade:

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser usada pelos tribunais judiciais em certas situações nas quais as disposições legais que, como regra, compartilham esforços probatórios, não funcionam adequadamente e são valiosas. Implica um deslocamento do *onus probandi*, dependendo das circunstâncias do caso, cujo mérito pode cair, verbigracia, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou factuais para produzi-las, além do local como ator ou réu ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos (PEYRANO, 2008, p. 19-20)<sup>20</sup>.

Já em 2004, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi expressamente adotada no art. 12 do texto final do *Código-Modelo de Procesos Coletivos para a Ibero-América*, elaborado sob coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, e aprovado pela Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro daquele ano, durante a XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, na Venezuela (CREMASCO, 2009, p. 113-114).

A respeito, escreve Eduardo Cambi:

Com o escopo de buscar a mais efetiva tutela jurisdicional do direito lesado ou ameaçado de lesão, no Código Modelo o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova (CAMBI, 2006, p. 341).

O acolhimento da teoria no Código-Modelo de Procesos Coletivos para a Ibero-América aparenta ter se configurado o primeiro passo para a inclusão da distribuição dinâmica do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, ou pelo menos para sua positivação, uma

<sup>19</sup> Em 21 de junho de 1957 a Corte argentina julgou o caso de Perón Juan Domingo, determinando que, diante das circunstâncias específicas, recaísse sobre o funcionário público o ônus de provar a legitimidade do seu enriquecimento, desincumbindo o Estado de provar a ilegitimidade, o que configuraria se não uma impossibilidade, uma grave dificuldade evidente. (ARGENTINA, 1957, p.76-140).

<sup>20</sup> Tradução livre do original: “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones em las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, em cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (PEYRANO, 2008, p. 19-20).

vez que a possibilidade de se distribuir o ônus probatório de forma diversa da regra estática constante da norma legal já era aceita ainda antes de sua inserção no Código de Processo Civil de 2015, conforme se verá adiante.

Em verdade, não se pode olvidar que, anteriormente à positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, no Código Processual Civil de 2015, já vigorava, no ordenamento jurídico brasileiro outra hipótese de flexibilização da regra de distribuição do ônus probatório, disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), a chamada inversão do ônus da prova.

### **5.1 A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**

A possibilidade de distribuição do ônus da prova de maneira diversa do critério estático até então estabelecido no artigo 333 do CPC/73 já se fazia presente no ordenamento jurídico brasileiro.

À exemplo, a flexibilização dos encargos probatórios era disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor (1990), que apresentou a possibilidade de inversão do ônus da prova sob duas vertentes: inversão legal (*ope legis*) e inversão judicial (*ope iudicis*).

A inversão legal, previamente à análise das condições fáticas que envolvem a situação posta à apreciação judicial, dispensa a parte que alega determinado fato de prová-lo, atribuindo à parte contrária o ônus de fazer a prova, a exemplo da disposição constante do art. 38 do Código Consumerista, que determina que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (BRASIL, 1990).

A seu turno, a inversão judicial depende da verificação da existência dos critérios legais pelo magistrado, a partir da análise casuística. Neste sentido, o CDC cuidou de estabelecer no art. 6º, inciso VIII, que é direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, admitindo a inversão do ônus da prova no processo civil, quando verificado pelo juiz estarem presentes a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte, segundo as regras ordinárias de experiência (BRASIL, 1990).

A ampliação da proteção conferida ao consumidor decorreu do reconhecimento das desigualdades existentes nas relações de consumo cada vez mais massificadas, evidenciadas na vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, culminando na inclusão da defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição de 1988 (especificamente previsto em seu inciso XXXII), bem como do art. 170, inciso V, da norma constitucional, constituindo-se princípio geral da atividade econômica.

Parte-se, portanto, da premissa de que é necessário reequilibrar as relações consumeristas<sup>21</sup>, conferindo aos consumidores a facilitação de sua defesa a partir da possibilidade de inversão do ônus de provar os fatos nos quais baseia sua pretensão, quando presentes os requisitos expressamente elencados na lei: a existência de uma relação de consumo; a verossimilhança da alegação ou restar configurada a hipossuficiência técnica da parte consumidora<sup>22</sup>.

Não se trata, contudo, de atribuir à parte ré o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do autor, ou mesmo imputar ao autor o ônus de provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos suscitados pelo réu. Em verdade, a inversão está ligada à presunção de veracidade do fato não provado, deslocando para a parte oposta o ônus de provar o fato contrário, assumindo, assim, o risco da não produção da prova.

Com o advento da inversão do ônus da prova que, segundo aponta Gianvito Ardito, teve como inspiração a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (ARDITO, 2016, p. 281), surgiram debates acerca das influências recíprocas existentes entre as teorias.

Neste aspecto, pontuam Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite a aproximação dos requisitos necessários para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova com o pressuposto da hipossuficiência do consumidor que, em síntese, significa a dificuldade de produzir prova sobre determinado fato (BESSA; LEITE, 2016, p. 141).

Pedro Henrique Nogueira salienta, ainda, que:

Ademais, a ideia subjacente à inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, ao menos na hipótese de 'hipossuficiência', coincide com um dos propósitos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: evitar a prova diabólica e permitir que o juiz, no caso concreto, possa conferir a carga probatória quanto a determinados fatos discutidos no litígio a quem se encontre no processo, segundo as circunstâncias próprias da situação concreta, em melhores condições de provar o fato controvertido. (NOGUEIRA, 2009, p. 109).

De toda forma, o que se quer evitar em ambos os casos, segundo Marcelo Pacheco Machado, é que dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes, em produzir determinada espécie de prova, façam com que esta receba sentença de mérito desfavorável (MACHADO, 2012, p. 304).

---

<sup>21</sup> Segundo ressalta Patrícia Mendanha Dias, embora a inversão do ônus da prova tenha sido inicialmente pensada como garantia de oportunidade paritária para proteção ao consumidor, sua aplicação passou a ser feita de forma indiscriminada e automática, sem análise do caso concreto, sempre que uma das partes fosse considerada hipossuficiente (DIAS, 2016, p. 522-523).

<sup>22</sup> A verossimilhança da alegação refere-se à plausibilidade de que o fato narrado pelo autor tenha, efetivamente ocorrido, enquanto que a hipossuficiência é essencialmente a incapacidade técnica do consumidor no tocante à controvérsia trazida à apreciação do juiz (CREMASCO, 2009, p. 65-67).

Em que pese a existência de aspectos convergentes entre as teorias no que se refere à facilitação da produção das provas necessárias à formação do provimento judicial que busca encerrar o litígio entre as partes, é falacioso considerar que elas se confundem, dadas suas peculiaridades.

A primeira diferença entre as teorias reside em seu alcance: enquanto a inversão do ônus da prova pressupõe uma relação jurídica material de consumo<sup>23</sup> e é voltada apenas à qualidade especial de uma das partes (consumidor), para a teoria da carga dinâmica da prova não há diferenciação, podendo operar-se em favor de ambas as partes, conforme o fato a ser provado (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016, p. 521).

Outro ponto relevante seria a necessidade de estabelecimento, prévia e abstratamente, do ônus para que se pudesse falar em inversão, o que não acontece com a técnica da distribuição dinâmica, que se dá no caso concreto (CAMBI, 2016, p. 251).

Sintetizam Macêdo e Peixoto:

Não existem textos normativos em vigência [até a entrada em vigor do CPC/2015] que prevejam a dinamização do *onus probandi*. Tenha-se em vista que a dinamização diferencia-se da inversão pela sua potencialidade, com o perdão do pleonasma, de dinamicidade. É que, enquanto a primeira é uma via de mão-dupla, dependente da análise criteriosa das condições fáticas das partes, a segunda, muito embora dependa do caso concreto, é uma via de mão única, é dizer, a inversão só pode ser feita uma única vez e em um único sentido. (MACÊDO; PEIXOTO, 2016b, p. 597-598).

Assim, segundo Rodrigues e Monteiro Neto, a despeito de a inversão probatória importar também em dinamização do ônus probatório, “ambas são manifestações distintas (carga dinâmica e inversão) do mesmo fenômeno (dinamização ou flexibilização), embora a regra de inversão do ônus da prova pareça estar inspirada na teoria da carga dinâmica da prova” (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016, p. 521).

Destarte, imperioso que se reconheça que a ampliação da possibilidade de distribuição diferenciada do ônus probatório, para além da inversão tratada pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, adequando-se aos aspectos específicos de cada demanda, representa notável avanço no que se refere à distribuição dos encargos probatórios.

## **5.2 A inserção da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015**

---

<sup>23</sup> Embora tenha havido, na prática, a expansão da possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova para relações não consumeristas, adota-se neste ponto a exigência da caracterização da relação de consumo nos moldes estabelecidos pela legislação.

Antes de passar à análise dos trâmites legislativos que levaram à inserção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, não se pode deixar de ressaltar que a possibilidade de flexibilização da regra estática de distribuição do ônus da prova estabelecida no art. 333 do CPC de 1973 já se fazia presente no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas pela inversão do ônus probatório nas demandas consumeristas, como já abordado, mas, também, em razão do reconhecimento e da aplicação da teoria das cargas dinâmicas por Tribunais de Justiça e em trabalhos doutrinários, a exemplo de Suzana Santi Cremasco (CREMASCO, 2009), Antonio Janyr Dall’Agnol Junior (DALL’AGNOL, 2001), Camilo José d’Ávila Couto (COUTO, 2011), Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (MARINONI; MITIDIERO, 2010), Danilo Knijnik (KNIJNIK, 2006), que já defendiam sua viabilidade.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já reconhecia a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, quando insuficiente a regra geral<sup>24</sup>. A exemplo, decidiu o Tribunal, ainda no ano de 2010, pela aplicação da teoria, de modo a evitar que o ônus probatório recaísse sobre aquele que, por impossibilidade lógica e natural, não pudesse cumprir tal incumbência:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

REsp 619.148/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 01/06/2010 (BRASIL, 2010d).

A teoria das cargas dinâmicas do ônus da prova já havia sido utilizada, também, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em julgamento realizado no ano de 2004, com base no princípio da adequação, atribuindo o ônus à parte com maiores condições de suportá-lo, a partir da análise do caso concreto:

Civil e processual civil – Ação revisional de alimentos – Cerceamento de defesa – Nulidade relativa – Preclusão – Mudança na capacidade de pagar do alimentante ou na necessidade do alimentando – Comprovação – Reconvenção – Arguição de fato negativo – Aplicação do princípio da carga dinâmica da prova – Sucumbência

<sup>24</sup> Ver também: REsp 69.309/SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 18/06/1996, DJ de 26/08/1996; REsp 896.435/PR, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 27/10/2009, DJ de 09/11/2009; AgRg no AREsp 216.315/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 23/10/2012, DJ de 06/11/2012; REsp 883.656/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJ de 28.02.2012.

recíproca – Decaimento de parte mínima pelo autor – Inteligência do art. 401 do CC de 1916 e arts. 21, parágrafo único e 245 ambos do CPC. Nas chamadas nulidades do gênero das não cominadas, ou mesmo nas irregularidades de ordem processual, não havendo qualquer manifestação, na primeira oportunidade em que a parte falar nos autos, verifica-se a preclusão. Provada a alteração do binômio necessidade/possibilidade, impõe-se a procedência do pleito revisional/exoneratório de alimentos. Pelo princípio da carga dinâmica da prova, a comprovação de determinado fato compete à parte cuja produção da prova está ao seu alcance. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários. - TJMG, Apelação Cível 1.0686.01.019604-2/002, Relator Des. Dorival Guimarães Pereira, 5ª Câmara Cível, julgamento em 26/08/2004, publicação da súmula em 24/09/2004 (MINAS GERAIS, 2004).

Em âmbito doutrinário, a viabilidade de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas já era defendida por meio de uma interpretação sistemática e principiológica dos dispositivos do Código de 1973. Segundo Suzana Cremasco:

Um exame atento de todo o regramento trazido pelo legislador para o procedimento de instrução – desde a audiência preliminar, passando pelos poderes instrutórios do juiz, até o modo de produção de algumas modalidades de prova – permite constatar, de forma irrecusável, a possibilidade de aplicação, no direito brasileiro, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, fundada nas particularidades de cada caso concreto e tendo como escopo precípua a efetiva produção da prova que se pretende realizar e o consequente alcance de um resultado justo (CREMASCO, 2009, p. 94).

Rodrigues e Monteiro Neto apontam, como norma central de entrada da teoria no sistema processual brasileiro, sob a égide do CPC de 1973, a regra do inciso I do artigo 125 do Estatuto processual, segundo a qual competiria ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento. Junto a ela, estariam o dever de colaboração com o magistrado para a elucidação dos fatos controversos (princípio da cooperação), dispostas nos artigos 339, 340, 342, 345 e 355, bem como a lealdade e a boa-fé processuais (aspectos do princípio da cooperação), previstas nos artigos 14, 16, 17, 18, inc. III do art. 125, apontadas como normas diretivas para uma interpretação sistemática viabilizadora da utilização dos preceitos da dinamização da carga probatória no direito brasileiro (RODRIGUES; MONTEIRO NETO, 2016, p. 518).

Dall'agnol Júnior aponta, ainda, as disposições contidas nos artigos 130, que confere poderes de direção material do processo ao juiz, inclusive em iniciativa em matéria probatória, e 131, primeira parte, que não permite dúvida quanto à preocupação com o resultado da atividade probatória e não com quem tenha realizado a demonstração (DALL'AGNOL JÚNIOR, 2001, p. 19).

A propósito, em comentários ao artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, salientam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero a possibilidade de o ônus da prova ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto, pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo:

Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos

concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Assim, cumprirá o órgão jurisdicional com seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Providência desse corte visa superar a *probatio diabolica*, possibilitando um efetivo acesso à justiça. Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes, a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 335-336).

Na mesma linha, indica Knijnik que a doutrina do ônus dinâmico é legítima perante o direito brasileiro, nos casos em que a aplicação estática do art. 333, I e II, do CPC de 1973 se revele desconforme à Constituição, ocasião em que se deve aplicar ao *caput* do art. 333 do CPC de 1973 seu parágrafo único, inciso II, dinamizando, pois, o ônus probatório (KNIJNIK, 2006, p. 950).

Na esfera legislativa, seguindo-se a orientação posta no Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório foi encampada no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, encaminhado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça em 31 de janeiro de 2007. Assim revela Cremasco:

Mesmo carente, ainda, de aprimoramento e amadurecimento – sobretudo com vistas a esclarecer ou quiçá extirpar a inversão prevista no §2º - a disciplina do Anteprojeto merece aplauso porque rompe, de forma clara e corajosa, com a sistemática clássica e octogenária da distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, que tem em conta a tão-só natureza do fato a provar, em cotejo com a posição ocupada pela parte no processo (CREMASCO, 2009, p. 117).

Anos mais tarde, em 08 de junho de 2010, foi apresentado o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas para “atender aos anseios dos cidadãos”, buscando garantir um novo Código de Processo Civil “que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal” (BRASIL, 2010a, p. 06).

Assim previa o Anteprojeto:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

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

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

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

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

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção. (BRASIL, 2010a).

Após a apresentação do Anteprojeto, criada comissão temporária de reforma do Código, foi apresentado parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispunha sobre a reforma do Código de Processo Civil. No parecer, ressaltou-se que:

O Livro I traz um Título dedicado ao que pode ser chamado de “teoria geral das provas” (arts. 257 a 276). Nele, o Projeto acolhe o que parcela da doutrina vem chamando de “distribuição dinâmica do ônus da prova”, para permitir que o magistrado, diante das vicissitudes do caso concreto, modifique o ônus da prova, atribuindo-o ao autor ou ao réu consoante as melhores condições de sua produção (art. 262) (BRASIL, 2010c, p. 43).

Dentre 217 emendas apresentadas, foi proposta pelo Senador Adelmir Santana, em Emenda nº 31, a supressão do citado artigo 262, sob o argumento de que o dispositivo utilizaria “expressões genéricas”, criando “benefícios excessivos sob o pretexto de eliminar desigualdades”. Segundo o Senador, “o projeto transfere ao magistrado um poder que tem sido prudentemente reservado ao legislador”, o que representaria violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, “sendo que o atual sistema de distribuição do ônus da prova é mais consentâneo com as garantias do contraditório e da ampla defesa” (BRASIL, 2010c, p. 89).

A Emenda foi, contudo, rejeitada, nos seguintes termos:

Rejeitamos a Emenda nº 31, tendo em vista que a proposta do projeto coaduna-se com a vanguarda do processo civil. As regras sobre a inversão do ônus da prova, transferido à parte que se encontre em melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, por meio de decisão fundamentada, com respeito ao contraditório, constituem um inegável avanço no direito processual brasileiro, e seria um retrocesso retirá-las do projeto (BRASIL, 2010c, p. 202-203).

Posteriormente, ressaltando-se o caráter excepcional da regra, a disposição passou a constar dos §§1º e 2º do art. 380 do substitutivo da Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010) e, na versão final do Código de Processo Civil de 2015, do §1º do art. 373, que possibilita a distribuição do ônus da prova de forma dinâmica, atribuindo-o à parte que tenha melhores condições de suportá-lo, no caso concreto (BRASIL, 2015).

Nestes termos prevê o artigo 373 do CPC de 2015:

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. (BRASIL, 2015).

Nestes termos, restou finalmente positivada, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, estabelecendo-se, contudo, requisitos a serem preenchidos para sua aplicação, os quais passa-se a analisar.

### 5.3 Os elementos autorizadores da distribuição dinâmica do ônus da prova

A partir da análise do dispositivo legal, verifica-se que a norma processual possibilita ao juiz, mediante análise casuística dos autos, atribuir o ônus probatório de modo diverso à regra da distribuição estática prevista no *caput*, quando verificar que para uma das partes é impossível ou extremamente difícil a produção da prova ou que a parte contrária possui maiores facilidades na produção de determinada prova essencial à formação do provimento final.

Neste aspecto, a primeira observação que se faz relevante na análise da maneira pela qual deve ser adotada a distribuição dinâmica do ônus da prova se relaciona à possibilidade (ou não) de que sua aplicação se dê de ofício pelo magistrado ou se a hipótese estaria adstrita aos casos em que pleiteada sua incidência por, ao menos, uma das partes.

Para Bruno Garcia Redondo, “por se tratar de consequência da amplitude dos poderes instrutórios do juiz (art. 130 do CPC), a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser realizada tanto por provocação da parte, quanto determinada *de ofício* pelo juiz” (REDONDO, 2010, p. 20).

Conquanto seja inegável que a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica dos ônus probatórios de ofício pelo magistrado esteja intimamente relacionada à ampliação dos poderes instrutórios do juiz, não se pode afirmar pela existência de uma relação de causa e efeito entre eles.

Isso porque, conforme explica Luciano Picoli Gagno, embora as técnicas possam ser combinadas, nem sempre a dinamização decorrerá do uso dos poderes instrutórios, assim como nem todas as vezes em que os poderes instrutórios forem utilizados haverá a distribuição

dinâmica do ônus da prova, podendo a produção de determinada prova depender exclusivamente da parte originalmente onerada (GAGNO, 2015, p. 124-125).

De todo modo, diante do silêncio da legislação quanto à necessidade de prévio requerimento das partes, impõe-se concluir pela possibilidade de aplicação da flexibilização de ofício pelo julgador, quando verificados os elementos necessários à sua adoção, o que representa verdadeiro poder-dever do magistrado, conforme abordagem a ser ainda realizada neste estudo.

A toda evidência, ressalva Elpídio Donizetti que o juiz deve aplicar esta regra com cautela, sem prejudicar a produção probatória para uma das partes de maneira demasiada (DONIZETTI, 2018, p. 561).

Além disso, Macêdo e Peixoto consideram imprescindível a aplicação do princípio da cooperação, sob a óptica do dever de consulta, tal como previsto no art. 10 do CPC de 2015, a fim de que as partes se tornem coautoras da decisão de dinamização, com a prévia oportunidade de fornecer subsídios ao magistrado para que tenha conhecimento da efetiva condição probatória de cada uma delas. O mesmo ocorreria no caso de requerimento de uma das partes, de modo a se respeitar o direito de participação e evitar decisões surpresas, em face da disposição do art. 9º do CPC de 2015 (MACÊDO; PEIXOTO, 2016b, p. 605).

Arazi ensina que se denominou “dinâmica” a esta teoria “por sua mobilidade para adaptar-se aos casos particulares, a fim de opô-la a uma ideia estática igual para todos os supostos sem atender às circunstâncias especiais” (ARAZI, 1998, p. 107).

Segundo aponta Dall’Agnol Junior, pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios é “inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo”, “ignorável é a posição da parte no processo” e “desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc”. O que se torna relevante, pois, é “o caso em sua concretude” e “a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo” (DALL’AGNOL JUNIOR, 2001, p. 11).

Ao questionamento acerca do que implicaria estar em melhores condições de produzir prova, José Barberio responde que a melhor condição probatória configura-se quando o sujeito, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou do instrumento probatório ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em

melhor posição para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua, a ponto de atribuir-lhe um ônus que, a princípio, não teria (BARBERIO, 2008, p. 101)<sup>25</sup>.

Além disso, esclarece Bruna Braga da Silveira que autorizam a modificação do ônus da prova a melhor condição técnica, informacional, científica de acesso aos elementos probatórios, que pode até ser consequência da hipossuficiência financeira, mas com ela não se confunde (SILVEIRA, 2016, p. 239).

Com efeito, a mera dificuldade financeira para arcar com os custos da produção da prova não conduz à sua transferência para a parte contrária, devendo ser resolvida por meio da concessão da gratuidade da justiça, disciplinada pelos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015).

Não se pode desconsiderar, contudo, que a aplicação da teoria somente se justifica quando verificados ambos os requisitos no que diz respeito à dificuldade de uma das partes e à facilidade da parte contrária na produção da prova do fato alegado na demanda. Quanto aos requisitos para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, discorre Silveira:

Contudo, não basta simplesmente a existência da dificuldade ou da impossibilidade para uma das partes. É indispensável que essa dificuldade encontre correspondência na maior facilidade da outra parte na produção dessa prova. A outra parte deve ter condições de produzir a prova que, pelas regras clássicas, não seria de sua alçada. Isso porque um dos fundamentos para aplicação da dinamização do ônus da prova é exatamente a existência de desigualdade entre as partes. Ora, se a outra parte não tiver melhores condições da produção de determinada prova, não há que se falar em desigualdade a reequilibrar (existiria, nesse caso, dificuldade para ambas as partes) – e a dinamização do ônus poderá até mesmo causar desequilíbrio ou acentuar desequilíbrio preexistente, em vez de ser técnica de sua minoração/exclusão –, desaparecendo a razão para a dinamização, especialmente porque, conforme defendido em linhas anteriores, sua principal razão, ressaltando-se o aspecto subjetivo do ônus da prova que toca a atividade das partes, é o alcance de uma instrução probatória mais completa – o que não se alcançaria caso a outra parte não detivesse condições reais de se desincumbir do ônus que lhe fora imposto pela dinamização (SILVEIRA, 2016, p. 239).

Neste diapasão, expressamente determina o §2º do dispositivo legal que a decisão que aplica a distribuição do ônus probatório de modo dinâmico não deve gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, o que pode se dar em razão dos aspectos que envolvem determinado tipo de demanda (a exemplo das ações

---

<sup>25</sup> No original: “¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba? Pues que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contraparte. Es decir que, em virtud del rolo que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que ‘dispone’ de la prueba, etcétera, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria que, en principio, según las clásicas reglas que mencionamos más arriba, no tenía. (BARBERIO, 2008, p. 101).

declaratórias de inexistência de relação jurídica ou de débito<sup>26</sup>), ou por questões subjetivas, ligadas à motivos externos ao processo, sejam eles técnicos, sociais, pessoais, fáticos, dentre outros.

Sendo, portanto, vedada a aplicação da norma quando se tratar de prova diabólica para ambas as partes, indicam Macêdo e Peixoto, que, nesta hipótese, a questão deve ser resolvida pela “aplicação da regra da inesclarecibilidade, de modo a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, sendo esta que deverá se submeter à decisão desfavorável” (MACÊDO; PEIXOTO, 2016b, p. 601).

Além disso, impõe-se oportunizar à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da não surpresa, este consubstanciado no art. 10 do diploma processual civil (BRASIL, 2015).

Deste modo, é inviável a aplicação da distribuição dinâmica sem a prolação da decisão de saneamento que, a teor do art. 357 do CPC de 2015, deve, dentre outras providências, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos e definindo a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 (BRASIL, 2015).

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 afastou a dúvida que durante longo período permeou a aplicação da teoria da inversão do ônus da prova, quanto ao momento da alteração do ônus probatório, tornando claro seu aspecto subjetivo e a necessidade de que se estabeleça, previamente à prolação da sentença, os encargos probatórios que recairão sobre cada uma das partes, possibilitando a elas sua desincumbência.

Segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira, a exigência “prestigia a *dimensão subjetiva* do ônus da prova e, com isso, concretiza o princípio do contraditório” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 147).

A propósito, verifica-se a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Como as regras do ônus da prova têm um aspecto subjetivo, servindo como guia para o comportamento das partes e como meio para regulação de suas expectativas, é imprescindível que as partes tenham prévia notícia de sua distribuição, do contrário há violação do direito à segurança jurídica no processo, do direito de ação, do direito de defesa e do direito ao contraditório. É imprescindível que as partes tenham prévia ciência antes de qualquer julgamento a respeito de como está distribuído o ônus da prova (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p 371).

---

<sup>26</sup> Bruno Garcia Redondo discorre sobre a insuficiência da distribuição estática do ônus da prova nas demandas declaratórias negativas, ao exigir que o autor demonstre a inexistência da relação jurídica, cabendo-lhe, pois, uma comprovação impossível. Também aponta a insuficiência em relação aos fatos não previstos no art. 333 do CPC de 1973, quando, por exemplo, o réu alega um suposto fato extintivo e o autor exerce o contraditório apontando fato impeditivo do fato extintivo (REDONDO, 2010, p. 16-17).

Portanto, cabe ao julgador definir, quando do saneamento do processo, sobre qual parte e sobre quais fatos controvertidos que dependam de conhecimento técnico e específico deverá incidir o ônus da prova, assim encampando claramente a distribuição dinâmica como forma de dividir os encargos probatórios segundo as condições informacionais dos litigantes (SILVEIRA, 2016, p. 225).

A propósito, a sistematização da teoria das cargas probatórias dinâmicas levada a efeito por Peyrano não propunha o deslocamento total do ônus da prova para uma ou outra parte. Conforme esclarece Airasca, nem todos os fatos alegados deveriam ser provados por uma parte ou por outra ou por ambas, pois pode ocorrer que uma das partes esteja em melhores condições de provar alguns fatos, outros não (ARAISCA, 2008, p.136)<sup>27</sup>.

A ausência de esclarecimento expresso da legislação brasileira acerca da forma como deve ser realizada a distribuição dinâmica do ônus da prova pode causar dificuldades na sua aplicação, transferindo-se todo o encargo probatório para a parte contrária, à semelhança do que ocorre com a simples inversão do ônus da prova.

Ao analisar criticamente a positivação da técnica de dinamização no CPC de 2015, Bruna Braga da Silveira revela:

O dispositivo não trata do dever de que a dinamização recaia sobre fato controvertido específico e determinado. Embora tal compreensão possa (e deva) ser obtida da interpretação do texto (afinal, se são diversas as provas, não se pode afirmar pela dificuldade de produzir uma delas que as outras sofrerão com o mesmo), entende-se que tal ausência merece crítica eis que, especialmente por se tratar de instituto jurídico-processual novo no ordenamento, a maior clareza há de ser privilegiada, evitando que as decisões sejam genéricas. (SILVEIRA, 2016, p. 242).

De fato, a distribuição dos ônus probatórios de forma dinâmica não deve se dar de forma genérica, abarcando a totalidade dos fatos controvertidos eventualmente alegados pelas partes. Ao contrário, deve ser aplicada com cautela, apenas em relação ao(s) fato(s) específico(s) acerca do(s) qual(is) se verifique estar demonstrada a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte a quem caberia originalmente o encargo, em relação à maior facilidade da parte contrária.

Humberto Theodoro Júnior assim escreve:

Não se presta esta teoria – advirta-se – a dispensar totalmente do ônus da prova aquela parte que, segundo o art. 373, tem o encargo legal de provar a base fática de sua pretensão, mas apenas de aliviá-la de algum aspecto do evento probando, ao qual não tem acesso ou condições de investigação satisfatória, ao passo que o adversário se

---

<sup>27</sup> No original: “[...] ello no significa que todos los hechos alegados deberán ser probados por una parte o por otra o por ambas, sino que en el caso concreto recaerá la carga de la prueba en quien esté en mejores condiciones de probar determinado hecho, y puede ocurrir que una de las partes esté en mejores condiciones para probar determinado hecho pero no para el resto de los hechos [...]” (ARAISCA, 2008, p.136).

acha em situação de fazê-lo. Nesse sentido adverte Peyrano de que o deslocamento do ônus da prova é sempre parcial e nunca total. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 905).

A exemplo, Carpes explicita que, havendo excessiva dificuldade para a vítima do dano, autora da ação de responsabilidade civil, em cumprir com o seu ônus de provar a presença do nexo de causalidade e, aliado a isso, não havendo semelhante dificuldade pela parte ré em produzir prova de que o nexo de causalidade inexistiu – como, por exemplo, na hipótese de o dano ter sido provocado exclusivamente pela vítima -, à parte ré caberá provar sua alegação de que inexistiu nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado ao autor (CARPES, 2016, p. 208-209).

Outro exemplo que se pode citar, a fim de esclarecer a maneira como deve ser aplicada a distribuição do ônus probatório de forma dinâmica, decorre do julgamento do REsp 316.316/PR, de Relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar no qual o Superior Tribunal de Justiça determinou a aplicação da distribuição dinâmica da prova para determinar ao organizador do sorteio de bingo a prova de que a cartela apresentada pela adquirente não foi sorteada no programa televisivo, levando em conta que teria melhores condições de fazê-lo (BRASIL, 2001).

A toda maneira, a prolação da decisão de saneamento, que criteriosamente analise os contornos do litígio, expostos pelas partes, e defina os pontos controvertidos e a distribuição dos ônus probatórios, de maneira pormenorizada e fundamentada, mais que uma exigência legal, é, de fato, ponto de legitimação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, conforme será abordado no tópico seguinte.

## **6 CRÍTICAS À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E FORMAS DE COMPATIBILIZAÇÃO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Analizados conceitos fundamentais ao desenvolvimento deste trabalho, relacionados à prova e à distribuição do ônus de provar, bem como tecidas considerações acerca do processo constitucional, passa-se, neste tópico, à análise da adequação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova aos preceitos constitucionais na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Conforme se extrai da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, os trabalhos da Comissão de Juristas se orientaram, precipuamente, por cinco objetivos, o primeiro deles “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. Destacou-se, deste modo, que “a necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual” (BRASIL, 2010b, p. 26).

Não obstante o objetivo claro apontado pela Comissão, revela Brêtas que “nem sempre o projetado ali restou concretizado, havendo passagens da nova codificação reveladoras de sérios arranhões ao modelo constitucional do processo ou à metodologia normativa do processo constitucional” (BRÊTAS, 2016, p. 114).

Para Andrade e Faria, a reforma macroestrutural do processo civil brasileiro mantém exatamente o mesmo suporte ideológico contido no Código de Processo Civil de 1973, que é o protagonismo judicial, e revela o anacronismo e a resistência político-ideológica em, verdadeiramente, romper com o modelo (social) que ainda permanece arraigado na doutrina processual-instrumentalista brasileira e oportunizar uma devida construção, pelo Modelo Constitucional do Processo, do (inacabado e em constante desenvolvimento) Estado Democrático de Direito, novo paradigma democrático-constitucional definido pelo povo em 1988. (ANDRADE; FARIA, 2014, p. 23-24).

Nessa linha, denunciam André Cordeiro Leal e Vinicius Lott Thibau que o Código de Processo Civil de 2015 assimila concepções baseadas na teoria do processo como relação jurídica de direito público, acolhendo um pano de fundo jurisdicionalista da decisão jurídica (LEAL; THIBAU, 2017). Assim, em âmbito probatório, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova decorreria da influência da noção bülowiana do processo, ainda presente na legislação processual civil brasileira:

[...] longe de representar qualquer novidade, a opção que se fez pela distribuição dinâmica do ônus de provar apenas reproduz a truculência impregnada no direito dogmático, que, passando pelo ensino de Oskar von Bülow, situa o juiz no lugar especial de fixação solipsista do sentido normativo. Afirma-se que, também quanto ao tema da prova, o julgador conserva o privilégio da interpretação, isentando-se de qualquer controle intradiscursivo que um projeto democrático estaria a exigir (LEAL; THIBAU, 2018, p. 14).

Com efeito, sob viés democrático, o processo não pode se dirigir pelo protagonismo da autoridade judiciária, tal como na proposição de Oskar von Bülow, mas pela participação e interlocução de todos os sujeitos processuais, de forma cooperativa para a construção do pronunciamento decisório.

Se por um lado se reconhece a insuficiência do caráter estático de distribuição do ônus da prova, ensejando-se, em hipóteses tais, a aplicação da distribuição de forma dinâmica, a contraponto frisa-se a insegurança decorrente da suposta carga de subjetividade existente na flexibilização das regras processuais. O argumento pode ser assim dissecado em três pontos fulcrais: a insegurança da alteração da regra estática de distribuição do ônus probatório, a discricionariedade na aplicação da distribuição dinâmica e a subjetividade da interpretação dos conceitos vagos do qual se utiliza a legislação processual.

O primeiro deles, relacionado à possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, não parece prevalecer após inserção do art. 373, §1º, no CPC/2015. A partir da positivação da teoria, a possibilidade de redistribuição do ônus da prova no decorrer do feito já é de conhecimento das partes, desde o ingresso na demanda, afastando-se a alegada insegurança decorrente da flexibilização da regra de distribuição do ônus probatório de forma estática, rígida.

Além disso, conforme sustenta Gagno, a adoção, pelo juiz, de práticas objetivando elidir ou minorar o desequilíbrio entre as partes nada tem a ver com insegurança jurídica, como apregoavam os defensores do ônus estático das provas há tempos atrás, pois segurança jurídica jamais poderia ter seu significado reduzido a uma mera previsibilidade, principalmente, se de uma injustiça, ainda que gerada pela regra legal do ônus estático, pois nada haverá de seguro num contexto que ignore a proteção efetiva de direitos (GAGNO, 2015, p. 134).

Por outro lado, poder-se-ia questionar, quanto à forma de aplicação da flexibilização, a suposta discricionariedade concedida ao magistrado para dinamização do ônus probatório.

Neste aspecto, sem qualquer pretensão de se fazer extensa análise acerca da discricionariedade judicial, o que se busca é, tão somente, responder à questionamento que se faz pertinente para a hipótese: verificados os requisitos legais para adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, pode o juiz deixar de aplicar a flexibilização?

Conforme aponta João Batista Lopes, categoricamente, a resposta é negativa, tendo em vista que, tal como ocorre com as medidas liminares, “há um poder-dever do juiz de adotar a dinamização quando preenchidos os pressupostos legais, e não mera faculdade, o que afasta o caráter discricionário da decisão” (LOPES, 2015, p. 39-40).

Alexandre Freitas Câmara, ao analisar a (ausência de) discricionariedade judicial na concessão da tutela de urgência, ressalta que o juiz não tem nem este nem nenhum outro poder discricionário e que “discricionariedades são incompatíveis com o Direito – pelo menos com o Direito do Estado Democrático – e é preciso, para que se possa consolidar a Democracia, combater qualquer tipo de discricionariedade judicial” (CÂMARA, 2017, p. 01). Revela, ainda, que

a única conclusão a que se pode chegar é que o uso do verbo poder no texto de um dispositivo de lei processual que trate da atuação do juiz não confere a este nem uma faculdade nem a possibilidade de um agir discricionário (como se tinha, por exemplo, no art. 273 do CPC de 1973). O que se tem, ali, é a atribuição, ao juiz, de um poder-dever (vinculado à legalidade, empregado este vocábulo em sentido amplo), não podendo o juiz deixar de dar cumprimento à norma se estão presentes seus pressupostos. Não há, ali (ou em qualquer outro espaço do Direito), discricionariedade (CÂMARA, 2017, p. 07).

No mesmo sentido, Eduardo Cambi defende que o Código de Processo Civil não afirmou que a inversão do ônus da prova poderia ser uma faculdade do juiz, afinal, presente a desigualdade entre as partes e verificado que o requerido tem melhores condições de produzi-la, para não deixar perecer o direito material controvertido, o magistrado tem o dever de distribuir de modo dinâmico o ônus da prova, sob pena de sua omissão ser inconstitucional, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição (CAMBI, 2016, p. 255).

Com efeito, ressalta Lopes que, a adotar-se entendimento contrário, o juiz converter-se-ia em *dominus processu*, podendo conduzir o processo segundo suas convicções pessoais ou por razões de conveniência, e não de necessidade e adequação aos parâmetros legais, como lhe compete (LOPES, 2015, p. 39).

Embora tal conduta pudesse, eventualmente, ser admitida sob perspectiva da teoria bullowiana da relação jurídica, marcada pelo protagonismo do julgador em face das partes, é evidente que não possui qualquer respaldo no panorama jurídico da teoria constitucionalista do processo, marco teórico deste estudo.

Por fim, conforme esclarece Joana Maria Moreira Beirão, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova “foi pensada abstratamente, pelo que, na prática não explica como operará a sua aplicação - isso foi e será tarefa da comunidade jurídica de cada país que a pretenda importar” (BEIRÃO, 2017, p. 57).

Neste ponto, questiona-se a maneira pela qual se deu a positivação da teoria na legislação brasileira, resultando na subjetividade da interpretação dos conceitos vagos do qual se utiliza o Código de Processo Civil de 2015.

Segundo admite José Carlos Barbosa Moreira, “nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma norma jurídica”, descrevendo, em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que este ou aquele efeito jurídico há de ligar-se (MOREIRA, 1980, p. 64).

Nestes casos, recorre, então, o legislador aos chamados conceitos juridicamente indeterminados, tal como ocorre na disciplina da distribuição dinâmica do ônus da prova, em que se observa o emprego das expressões “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade”.

Importa esclarecer que aqui não se cogita da utilização do argumento de que “a lei contém uma incompletude fatal” a justificar que se lhes sobreponha a “tirania da vontade da autoridade judicante”, conforme crítica pronunciada por Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2013, p. 03).

Embora se possa reconhecer a necessidade de melhor definição acerca das hipóteses ou requisitos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, o que se argumenta é que a ausência de maior delimitação casuística não implica na inadequação da distribuição dinâmica do ônus probatório frente ao modelo constitucional de processo.

Mesmo porque a utilização de conceitos juridicamente indeterminados não implica em discricionariedade do julgador, pois, conforme esclarece Barbosa Moreira, os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa no campo dos efeitos, estando neste ponto a diferença fundamental entre estes fenômenos. Daí que, no tratamento daqueles, uma vez estabelecida a coincidência ou não entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará pré-determinada; por outro lado, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador, se está diante da discricionariedade (MOREIRA, 1980, p. 66).

De todo modo, considerando-se que a lei se vale de conceitos vagos ou indeterminados, terá o juiz de agir com especial cautela e atenção ao fazer incidir a teoria da flexibilização (LOPES, 2015, p. 39), podendo, para tanto, utilizar-se de institutos processuais que permitam transparência quanto à aplicação da distribuição do ônus da prova de forma dinâmica.

Enfrentada, assim, a principal crítica quanto à adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, passa-se a demonstrar que seus fundamentos se encontram em consonância com a perspectiva do processo constitucional, estabelecido no

âmbito de um Estado Democrático de Direito, alinhando-se com as diretrizes constitucionais, reveladas também no diploma processual civil.

### **6.1 Da adequação da distribuição dinâmica do ônus da prova ao modelo democrático de processo**

Conforme abordado no tópico anterior, “o processo não tem dono”, de modo que “as partes e o juiz devem agir em conjunto, inspirados no princípio da colaboração em busca da solução adequada do conflito” (LOPES, 2006, p. 115-117).

Com efeito, o princípio da colaboração ou cooperação, que envolve todos os sujeitos processuais e pode ser extraído do art. 6º do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), representa um dos principais fundamentos da distribuição dinâmica do ônus probatório.

Para Macêdo e Peixoto, o princípio da cooperação é o propulsor do novo modelo de processo implantado pelo CPC/2015:

Este princípio advém, portanto, de uma releitura do princípio do contraditório, sendo igualmente possível sua concretização a partir da cláusula geral do devido processo legal, sob influência da constitucionalização do processo, retirando o magistrado, na condução do processo, de uma posição acentuadamente assimétrica em relação às partes para torná-lo mais próximos: destarte, possibilita-se o diálogo, criando uma comunidade de trabalho entre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa. Esse modelo de processo tem por objetivo dividir de forma equilibrada o trabalho entre os seus participantes, implicando no aumento *concorrente* dos poderes do juiz e das partes no processo civil (MACÊDO; PEIXOTO, 2016a, p. 30).

Geraldo da Silva Vieira e Samantha Caroline Ferreira Moreira destacam que o princípio da cooperação tem por escopo fazer com que as partes colaborem entre si, com o juiz e com o próprio processo, tornando-o mais participativo, mais democrático e mais dinâmico (VIEIRA; MOREIRA, 2018, p. 39).

Ressalta-se que a norma contida no art. 6º da legislação processual civil impõe que todos os sujeitos do processo colaborem para a obtenção da decisão de mérito justa e efetiva, em tempo razoável, encontrando-se, por tal razão, intimamente ligada aos artigos 77 e 378 do diploma legal, que determinam, respectivamente, deveres dos participantes do processo em expor os fatos conforme a verdade e cumprir as decisões judiciais, sem criar embaraços à sua efetivação, e que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (BRASIL, 2015).

Tais disposições afastam qualquer questionamento no que diz respeito à eventual violação, decorrente da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, ao direito de não produzir prova contra si mesmo, baseado na ressalva constante do art. 379 do CPC/2015<sup>28</sup>.

Discorre Maria Lúcia Lins Conceição que o direito de não produzir prova contra si mesmo deve ser lido à luz da garantia de não autoincriminação, constante do art. 5º, LXIII, da Constituição de 1988, justificando a recusa da colaboração da parte quando o que lhe for exigido puder expô-la à persecução penal. “A proteção do indivíduo contra a autoincriminação se justifica pela impossibilidade de se obrigar qualquer pessoa a confessar fatos criminosos, prática considerada coercitiva e antinatural” (CONCEIÇÃO, 2016, p.240).

No mesmo sentido, aponta Vitor de Paula Ramos que “inexiste no ordenamento jurídico brasileiro algum direito, mormente fundamental, de não produção de provas contra si próprio”, tendo em vista que a aplicabilidade do *nemo tenetur se detegere* dá-se “somente quando a mesma hipótese fática em debate na esfera civil puder acarretar riscos reais de incriminação, ou seja, trazer consequências desfavoráveis para o sujeito na esfera penal” (RAMOS, 2015, p. 107).

Também o Enunciado nº 51 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), aprovado em Salvador, em novembro de 2013, revela que “a compatibilização do disposto nestes dispositivos [art. 378 e art. 379] com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal ” (DIDIER JÚNIOR; BUENO; BASTOS, 2014, p. 436).

Ressalvadas, pois, as hipóteses em que a negativa da produção da prova encontra respaldo na garantia constitucional de não autoincriminação, não se pode admitir como legítima a escusa da parte em colaborar para a formação do material probatório, mesmo porque, conforme lição de Barbosa Moreira, se um dos litigantes se beneficiará com o esclarecimento de um ponto obscuro, a subsistência da obscuridade favorecerá a parte contrária (MOREIRA, 1989, p. 48).

Outro aspecto relevante decorre da articulação da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova com o “princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para se chegar à justa composição do litígio” que, segundo Humberto Theodoro Júnior, foi adotado pelo Código de Processo Civil

---

<sup>28</sup> Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:  
I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;  
II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;  
III - praticar o ato que lhe for determinado. (BRASIL, 2015).

de 2015, não podendo o processo democrático “tolerar construções de resultados processuais que sejam fruto do puro discricionarismo do juiz”. Conclui, deste modo, que “a participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento jurisdicional é uma imposição da constitucionalização da tutela jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 411-413).

Nesta perspectiva, ocorrendo a alteração do ônus probatório por meio judicial, é imperativo que a decisão seja fundamentada, fática e juridicamente, o que, independentemente da previsão expressa do §1º do art. 373 do Código Processual Civil, seria obrigatório em decorrência da exigência contida no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República de 1988, reproduzida no artigo 11 do CPC de 2015, segundo a qual todos os provimentos judiciais devem ser fundamentados (BRASIL, 1988; BRASIL, 2015).

Esta é, com efeito, a solução proposta por Humberto Dalla Bernardina de Pinho para se evitar a ameaça de comprometimento da segurança jurídica decorrente da aplicação da teoria da distribuição dinâmica, não bastando que o magistrado forneça motivação sintética, superficial ao proferir tal decisão, devendo, ao contrário, indicar, no caso concreto, quais as peculiaridades e situações excepcionais que o levaram a concluir que a técnica da carga dinâmica seria a mais adequada e segura para obtenção dos elementos de prova (PINHO, 2016, p. 350-351).

Ressalta Sabrina Nasser de Carvalho a necessidade de maior rigor no dever de fundamentação por se tratar de dispositivo que amplia os poderes do órgão julgador e que contém conceitos jurídicos indeterminados (CARVALHO, 2017, p. 370).

O juiz deve indicar as razões pelas quais entende que uma das partes se encontra em melhores condições de produzir determinada prova, relacionada à fato controvertido específico. É imprescindível, pois, para que se possa aplicar, com precisão, a flexibilização em desfavor de uma das partes, que seja feita a análise e identificação do fato a ser provado, da fonte e do meio de prova hábeis a satisfazer o encargo, da impossibilidade ou excessiva dificuldade ou da maior facilidade de uma das partes na produção da prova e, por fim, da inocorrência de impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte contrária neste sentido.

Conforme esclarece Marcelo Lima Guerra, a decisão judicial propriamente dita e sua fundamentação estão, necessariamente, vinculados em uma relação de justificação, na qual aquilo que é dito a título de fundamentação serve como razões ou premissas de onde se infere aquilo que é dito a título de decisão. Daí, a descrição de uma decisão judicial fundamentada terá, necessariamente, uma estrutura argumentativa, em se tratando de argumento o conjunto de coisas dispostas numa relação tal em que um de seus itens é justificado pelos demais (GUERRA, 2016, p. 182).

De maneira a trazer concreção ao princípio constitucional da fundamentação das decisões, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, no art. 489, previsão das hipóteses nas quais a decisão não será considerada fundamentada. De especial relevância para este estudo, dispõe o art. 489, §1º, inciso II, do diploma processual civil, que se reputa como não fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (BRASIL, 2015). Portanto, exige-se que as decisões judiciais sejam estruturadas de modo consistente, que indique as razões pelas quais concluiu o magistrado pela aplicação ou afastamento de determinada norma.

Para Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas, o princípio da fundamentação das decisões é garantia constitucional que oportuniza o controle das decisões pelas partes, as quais deverão estar fundamentadas em argumentos jurídicos e devem ser o produto da argumentação das partes e não da interpretação única e subjetiva do juiz, sob pena de controle de constitucionalidade e interposição de recursos (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 129).

Roberta Maia Gresta destaca:

Por meio da conexão entre dever de fundamentação das decisões e contraditório, o juiz, em lugar de conduzir o destino das partes conforme seu senso de justiça, assume a tarefa de explicitar os termos da resolução analítica da questão submetida à jurisdição. A argumentação travada pelas partes, em lugar de elemento posto à disponibilidade da consciência judicante, torna-se a fonte de formação da decisão, elevando os destinatários desta a sujeitos capazes de influir significativamente no acertamento sobre seus direitos fundamentais. A exposição clara dos fundamentos decisórios também possibilita a recorribilidade e o controle de constitucionalidade da decisão, porque torna possível a verificação da conformidade de seu conteúdo com as disposições constitucionais e legais. (GRESTA, 2012, p. 20)

Deste modo, estabelece Gabriela Oliveira Freitas que “não basta que o magistrado exponha os motivos de sua decisão, sendo necessário que tal motivação aprecie as teses e questões suscitadas pelas partes em contraditório” (FREITAS, 2014, p. 31).

Em análise específica da fundamentação correlacionada aos princípios do contraditório e da congruência, Brêtas explicita “inegável entrelaçamento do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação, [...] ambos atuando na dinâmica argumentativa fática e jurídica do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada [...]” (BRÊTAS, 2018, p. 185-186).

Assim se revela a importância da decisão de saneamento, que aponte de forma pormenorizada, explícita e fundamentada os fatos a serem provados durante a instrução processual, bem como o ônus que incumbirá à cada parte, orientando a conduta dos sujeitos processuais, possibilitando às partes a efetiva participação na formação do provimento final, e, ainda, afastando a motivação e questões metajurídicas.

Ao discorrerem sobre a importância da função saneadora, definem Pedron e Costa as práticas saneadoras como “atos e provimentos adotados pelo juiz, que, se realizadas da maneira correta, geram como consequência o desenrolamento satisfatório da demanda, possibilitando que o Judiciário atue na sua forma mais plena sobre a pretensão que lhe foi apresentada” (PEDRON; COSTA, 2017, p. 14).

Do princípio democrático, caracterizador do paradigma do Estado Democrático de Direito, Gabriela Oliveira Freitas ressalta que, “resulta, no âmbito jurisdicional, o dever do Estado e o direito do jurisdicionado de buscar uma resposta à suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal” (FREITAS, 2014, p. 11-12).

Neste aspecto, pode-se, ainda, apontar a possibilidade de realização do saneamento e flexibilização das regras probatórias em audiência, previsão esta já constante da lei processual civil.

A bem da verdade, o chamado saneamento compartilhado já encontrava previsão na Lei 8.952/1994 que, alterando disposições do Código de Processo Civil de 1973, introduziu, na legislação processual civil, a previsão de realização de audiência de conciliação, em momento anterior à audiência de instrução e julgamento (BRASIL, 1994). Assim, previa o art. 331, §2º, do CPC/1973 que, caso não obtida a conciliação, “o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário” (BRASIL, 1973).

Posteriormente, a Lei 10.444/2002 alterou a denominação anteriormente atribuída (audiência de conciliação), passando a referir-se à designação de audiência preliminar, que teria como objetivos o saneamento do processo e a delimitação das provas a serem produzidas (BRASIL, 2002).

Não obstante, conforme indica Guilherme de Paula Nascente Nunes, a prescindibilidade da designação de audiência preliminar, prevista pelo §3º do art. 331 do CPC/1973<sup>29</sup>, inserido pela Lei 10.444/2002, conduziu ao desaparecimento do saneamento compartilhado, feito em audiência na presença e em cooperação com as partes (NUNES, 2016, p. 684).

---

<sup>29</sup> A inserção do §3º do art. 331 no Código de Processo Civil de 1973, com redação dada pela Lei 10.444/2002, tornou dispensável a realização da audiência preliminar nos casos em que o direito em litígio não admitisse transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciassem ser improvável sua obtenção, podendo o juiz, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova.

Olvidou-se de que a audiência preliminar não possuía, como escopo único, a conciliação das partes, mas, também, a realização do saneamento do processo, pela colaboração dos sujeitos processuais, possibilitando o bom andamento do feito.

Neste sentido, embora disponha o §3º do art. 357 do Código de Processo Civil de 2015 a possibilidade de designação de audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, defendem Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos e Luiz Rodrigues Wambier que essa possibilidade de designação de audiência deve ser utilizada sem parcimônia pelos juízes, para que se dê rendimento ao princípio da cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º) (WAMBIER; VASCONCELOS, 2011, p.195).

A propósito, segundo o Enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), aprovado em dezembro de 2014, em Belo Horizonte, “a audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa.” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2015).

A utilização da audiência para realização do saneamento de forma compartilhada já se encontrava prevista por Peyrano, que destacava a necessidade de alertar as partes de que as circunstâncias do caso implicariam que este ou aquele litigante deveria realizar um esforço probatório especial, diverso e superior ao decorrente da distribuição do ônus da prova pela regra legal (PEYRANO, 2008, p. 24).<sup>30</sup>

Necessário e benéfico, portanto, se faz resgatar a previsão anteriormente constante do diploma processual civil, a fim de que seja incentivada a realização do saneamento compartilhado em audiência, com a colaboração das partes e não de forma solitária pelo magistrado, atendendo efetivamente os afetados pelo provimento final.

Segundo aponta Maria Elizabeth de Castro Lopes, “por meio do diálogo, que constitui um dos aspectos do contraditório, pode o juiz garantir efetiva participação do autor e do réu no processo” (LOPES, 2006, p. 39).

A abertura para participação dos sujeitos processuais é requisito indispensável para a construção de um “provimento genuinamente democrático”, que impõe a “ruptura com pronunciamentos estatais monolíticos” (PAOLINELLI; VIEIRA, 2016, p. 130).

---

<sup>30</sup> No original: “*Posteriormente, se propone de lege ferenda que si se adoptara en el futuro alguna especie de audiencia preliminar, sería conveniente tomar el recaudo de alertar a las partes acerca de que las circunstancias del caso hacen que tal o cual litigante deberá soportar un esfuerzo probatorio especial, distinto y superior al que surge del reparto normal y corriente del onus probandi.*” (PEYRANO, 2008, p. 24).

Conclui-se, assim, que a distribuição do ônus da prova de forma compartilhada, especialmente quando implicar em alteração da regra estática, deve ser utilizada de forma ampla, conferindo-se maior grau de democraticidade ao processo, em consonância à sua perspectiva constitucional.

Mesmo porque, a distribuição dinâmica do ônus da prova “decorre dos princípios da igualdade, da lealdade, da boa-fé e do princípio da cooperação entre os sujeitos do processo e também com o órgão jurisdicional” (DONIZETTI, 2018, p. 561), sendo “em certa medida, mais uma das facetas da constitucionalização do direito processual” (PORTO, 2016, p. 142).

Neste sentido, ressalta Artur Carpes que falar em dinamização significa falar em aplicação das regras do ônus da prova, conformando-as aos princípios que constituem sua razão motivadora, ou seja, aos direitos fundamentais à igualdade (paridade de armas) e à prova (inibir restrições indevidas ao direito à prova), sendo estes os critérios objetivos que pautam a dinamização do ônus da prova no CPC de 2015 (CARPES, 2016, p. 206-208).

Evidenciando a conformação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova com a Constituição da República, Natália Gehres Trapp ressalta:

Os direitos fundamentais de igualdade e direito à prova estão, também, intimamente ligados com a teoria em questão, isso porque as partes tem o direito de participarem da formação do provimento jurisdicional, no caso, fornecendo ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência dos fatos controversos, tomando, assim, a possibilidade de criação das condições necessárias para uma existência digna do processo com a participação democrática e útil na construção da decisão justa, sendo, ainda, observada a necessidade de paridade de armas, ou seja, a distribuição justa do encargo probatório – que é possível com a distribuição dinâmica do ônus probatório. (TRAPP, 2015, p. 21).

Deste modo, forçoso reconhecer que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova traz notável ganho para redução dos obstáculos enfrentados pelas partes para defesa de seus direitos, conferindo eficácia às garantias constitucionais do processo, dentre elas o princípio constitucional da isonomia, ajustando-se ao modelo constitucional de processo (LOPES, 2015, p. 36).

Conforme já abordado neste estudo, o direito à prova e, mais especificamente, a distribuição dinâmica do ônus da prova repercutem no direito constitucionalmente assegurado de acesso à jurisdição, sendo “indispensável que o sistema jurídico normativo apresente meios para se alcançar resultados efetivos, capazes de reverter situações consideradas ilegais.” (PAIVA, 2020, p. 69).

Em verdade, segundo salientam Macedo e Peixoto,

de pouco adiantaria viabilizar o ingresso da demanda se não há técnica processual adequada para a tutela de situações jurídicas específicas. Sobretudo a situações probatórias, eis que não há procedência na demanda ou improcedência, se não há possibilidade de viabilizar a comprovação das alegações fáticas. Permitir o acesso ao

Judiciário sem técnicas probatórias adequadas é garantir apenas formalmente o direito fundamental de acesso à Justiça, o que significa, substancialmente, a sua negação. A dinamização do ônus da prova permite ao litigante em situação peculiar um tratamento diferenciado, adequado à complexidade probatória que sua causa traz (MACEDO; PEIXOTO, 2016a, p. 142).

Defende Palmitesta que, tendo em vista se tratar de mecanismo destinado a assegurar importantes garantias constitucionais e cujos riscos e problemas podem ser afastados ou minimizados no caso concreto, mostra-se não só viável, mas necessária a distribuição dinâmica do ônus da prova, para implementação de alguns dos mais importantes princípios constitucionais resguardados em um contexto de Estado Democrático de Direito. (PALMITESTA, 2015, p. 105).

Portanto, ainda que se admita a necessidade de aprimoramento dos requisitos legais de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, tornando-os mais objetivos, a supressão da possibilidade de dinamização do ônus probatório – com a consequente limitação (em regra) à hipótese de distribuição pelo critério estático – se traduz no afastamento das diretrizes do processo constitucional democratizado.

## 7 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo geral verificar a adequação da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Da primeira parte da pesquisa, desenvolvida a partir do estudo do processo e procedimento nas teorias vigentes, conclui-se que não mais prevalece a noção bülowiana do processo enquanto relação jurídica, marcada pelo protagonismo judicial.

A partir da adoção do Estado Democrático de Direito, enquanto paradigma constitucional, a orientar a interpretação do sistema jurídico em sua integralidade, faz-se essencial a efetiva participação das partes na construção do provimento decisório, com a devida observância às garantias processuais estabelecidas pela Constituição da República de 1988. Assim, destaca-se, no modelo de processo constitucional, o respeito ao devido processo, ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia.

Tais garantias encontram-se intimamente relacionadas ao direito fundamental à prova, assim entendida como o resultado da demonstração da ocorrência dos fatos alegados pelas partes, pelos meios legalmente admitidos, a fim de se formar o convencimento acerca da veracidade de tais fatos.

Embora o estudo acerca da prova seja bastante controvertido, o instituto possui singular relevância no âmbito processual, tendo em vista se tratar o ônus da prova do encargo atribuído à parte de provar a veracidade dos fatos por ela alegados, assumindo o risco de obter decisão desfavorável acaso não exercida a faculdade que lhe é posta pela norma. Por este motivo, ao longo dos anos diversas teorias ocuparam-se da definição acerca do critério de distribuição do ônus da prova, tal como abordado na segunda parte da pesquisa.

Se algumas delas trataram de destacar o ônus probatório enquanto orientador da conduta das partes ao longo da atividade instrutória, isto é, seu aspecto subjetivo, outras reafirmaram sua importância como técnica de julgamento, permitindo ao julgador pronunciar-se diante da insuficiência da produção probatória, ressaltando sua faceta objetiva.

Quanto ao sistema jurídico brasileiro, as Codificações Processuais Civis de 1939 e 1973 adotaram teoria que orienta a distribuição do ônus da prova entre as partes conforme o critério pelo qual se considera a posição ocupada pelos litigantes e a natureza dos fatos a serem provados, com clara inspiração nas doutrinas de Betti, Chiovenda e Carnelutti.

A regra estática de repartição do ônus da prova, pela qual incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos modificativos, extintivos ou

impeditivos do direito do autor se revelou, com efeito, bastante conveniente a orientar a distribuição dos ônus probatórios. Não obstante, o aumento da complexidade dos conflitos demonstrou a insuficiência do critério estático, fazendo surgir novas teorias que, aliado à necessidade de conformação da legislação processual aos direitos constitucionais, visam possibilitar a distribuição do *onus probandi*, de modo diverso, dinâmico, mais flexível.

A exemplo, o Código de Defesa do Consumidor passou a prever a facilitação da defesa dos consumidores a partir da inversão do ônus da prova. Assim, desde que presentes os requisitos estampados em seu art. 6º, inciso VIII (BRASIL, 1990), haverá a inversão da presunção de veracidade do fato não provado, deslocando para a parte oposta o ônus de provar o fato contrário, assumindo esta o risco da inércia. Por outro lado, já se delineava nos estudos doutrinários e nos julgamentos dos Tribunais pátrios a utilização da dinamização do ônus da prova, diante das particularidades da causa.

Sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório, acerca da qual se dedicou a terceira parte desta pesquisa, se concluiu se tratar de técnica que, diante das particularidades do caso concreto, busca atribuir à parte em melhores condições o ônus da produção da prova de determinado fato alegado nos autos, por meio de decisão fundamentada, oportunizando-se à parte onerada se desincumbir do encargo.

Neste aspecto, após demonstração do trâmite legislativo que culminou na positivação da teoria no §1º do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015, fez-se relevante ressaltar os elementos autorizadores de sua aplicação, quais sejam, a impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes na produção da prova, aliada à verificação de melhores condições da parte contrária, além da necessidade de se oportunizar à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído por meio de decisão devidamente fundamentada (BRASIL, 2015).

Não se olvidou o estudo das críticas suscitadas em face da dinamização do *onus probandi*, especialmente quanto à insegurança da alteração da regra estática de distribuição do ônus probatório, à discricionariedade na aplicação da distribuição dinâmica e à subjetividade da interpretação dos conceitos vagos do qual se utiliza a legislação processual.

Apontou-se, contudo, que a positivação da teoria no CPC/2015 afasta a alegada insegurança, tendo em vista o conhecimento prévio das partes acerca da possibilidade de flexibilização. Quanto à discricionariedade, estabeleceu-se que, verificados os requisitos legais, o magistrado possui verdadeiro poder-dever de aplicação da distribuição dinâmica.

Por fim, admitiu-se que, embora se possa reconhecer a necessidade de melhor definição acerca das hipóteses ou requisitos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ausência de maior delimitação casuística não implica na inadequação da distribuição dinâmica

do ônus probatório frente ao modelo constitucional de processo, tendo em vista a possibilidade de utilização de institutos processuais que permitam transparência quanto à aplicação da dinamização, tais como a fundamentação fática e jurídica da decisão de saneamento, de forma a torná-la pormenorizada (afastando a motivação e questões metajurídicas), e a possibilidade de realização do saneamento e flexibilização das regras probatórias em audiência, de forma compartilhada e atendendo efetivamente os afetados pelo provimento final.

## REFERÊNCIAS

- AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *In: PEYRANO, Jorge Walter; WHITE, Inés Lépori. Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 125-152.
- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. A ordinarietade jurídica cognitiva segundo a teoria neoinstitucionalista do processo. *In: LEAL, André Cordeiro. et al. (Coords.). Processo como democracia na contemporaneidade: colóquio em homenagem ao Professor Rosemiro Pereira Leal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. Cap. 6, p. 133-156.
- ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. Atividade probatória na ação de improbidade administrativa: estudos de teoria da prova a partir da processualidade democrática. *In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias [et al.] (orgs.) Direito probatório: temas atuais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 233-261.
- ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de; FARIA, Guilherme Henrique Lage. O modelo social de processo: conjecturas sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do Estado Democrático de Direito. **Processo e jurisdição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 293-322.
- ARAZI, Roland. **La prueba en el Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.
- ARDITO, Gianvito. O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271-286.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Secretaría de Jurisprudencia. **Tomos Colección “Fallos” 1863-2019**. Tomo 238, 1957, p. 76-140. Disponível em: <https://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=listarPorTomo>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, v. 90, 2004, p. 69-170. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3>. Acesso em: 26 mar. 2020.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBERIO, Sergio José. ¿Qué debe probar el que no puede probar? *In: PEYRANO, Jorge Walter; WHITE, Inés Lépori. Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 99-107.
- BEIRÃO, Joana Maria Moreira. **Da Distribuição do Ônus da Prova no Direito Processual Civil Português – Contributo para o Estudo da Possibilidade de Flexibilização através de uma Distribuição Dinâmica**. 2017. 142f. Dissertação de Mestrado Profissionalizante

(Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal.

BENTHAM, Jérémie. **Tratado de las pruebas judiciales**. v. I. Trad. para o castelhano de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1959.

BENTHAM, Jérémie. **Tratado de las pruebas judiciales**. v. II. Trad. para o castelhano de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1959.

BESSA, Leonardo Roscoe; LEITE, Ricardo Rocha. A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** (Online), Brasília, v. 6, n. 3, 2016, p. 140-155.

BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. 2 ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil** / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. 268p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. **Exposição de motivos**. Brasília, DF, Senado, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 1939. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 1973. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Brasília, DF, Senado, 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8952.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm). Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002**. Brasília, DF, Senado, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10444.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm). Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Parecer da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código**

**de Processo Civil, e proposições anexadas.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550612&disposition=inline>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 69.309/SC.** Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma, julgado em 18/06/1996, DJ de 26/08/1996. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199500333414&dt\\_publicacao=26/08/1996](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500333414&dt_publicacao=26/08/1996). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 316.316/PR.** Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma, julgado em 18/09/2001, DJ de 12/11/2001. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200100393330&dt\\_publicacao=12/11/2001](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200100393330&dt_publicacao=12/11/2001). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 896.435/PR.** Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 27/10/2009, DJ de 09/11/2009. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200602290444&dt\\_publicacao=09/11/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602290444&dt_publicacao=09/11/2009). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 883.656/RS.** Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJ de 28.02.2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200601451399&dt\\_publicacao=28/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601451399&dt_publicacao=28/02/2012). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 619.148/MG.** Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 20/05/2010, DJ de 01/06/2010. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200302319623&dt\\_publicacao=01/06/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200302319623&dt_publicacao=01/06/2010). Acesso em: 03 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 216.315/RS.** Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma, julgado em 23/10/2012, DJ de 06/11/2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201686355&dt\\_publicacao=06/11/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201686355&dt_publicacao=06/11/2012). Acesso em: 03 out. 2020.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Noções de teoria e técnica do procedimento da prova. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica Processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 183-205.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Aspectos técnicos e teóricos da prova no Novo Código de Processo Civil. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias [et al.] (orgs.) **Direito probatório: temas atuais.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 99-122.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 57, p. 113-140, 1962. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. Atlas, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela de urgência e (ausência de) discricionariedade judicial. *In: RÊGO, Werson (Coord.). Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 1-12.

CAMARGOS, Laís Alves. **O direito constitucional ao recurso e à fundamentação das decisões**: estudo crítico do julgamento em única instância em sede recursal. 2020. 89f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde - FCH da Universidade FUMEC, Minas Gerais. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/handle/123456789/585>. Acesso em: 10 out. 2020.

CAMARGOS, Laís Alves; PENIDO, Ailana Silva Mendes. A inconstitucionalidade do inciso IV do §3º do artigo 1.013 do CPC diante do princípio constitucional da fundamentação das decisões. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**. Goiânia, v. 5, n., p. 1-21, jan/jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdiacao/article/view/5439>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 247-270.

CARBONE, Carlos Alberto. Cargas Probatorias Dinámicas: Una Mirada al Derecho Comparado y Novedosa Ampliación de su Campo de Acción. *In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori. Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 197-228.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v 2.

CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 197-209.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissas para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 1, jan./abr. 2017, p. 346-376. Disponível em: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br). Acesso em: 30 set. 2020.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. II.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução: Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Provas. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Temas Essenciais do Novo CPC: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 237-254.

COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. 2011. 279 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

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

CUNHA, Maurício Ferreira. Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). **Direito Probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 287-324.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. **Revista Jurídica**, n. 280, ano 48, fev/2001.

DELLEPIANE, Antonio. **Nova teoria da prova**. Tradução Enrico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DEMOGUE, René. **Les notions fondamentales du droit privé: essai critique**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1911. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5457266z/f572.item.r=chapitre%20VIII.texteImage>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DIAS, Patrícia Mendanha. O ônus da prova no processo constitucional sob a égide do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 10,

v. 17, n. 2, jul./dez. 2016, p. 515- 530. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/25989/18977>. Acesso em: 30 set. 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BUENO, Cassio Scarpinella; BASTOS, Antonio Adonias. “Carta de Salvador - II Encontro dos Jovens Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)”. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 227, p. 435- 437. Disponível em: [https://www.academia.edu/38626264/Enunciados\\_do\\_F%C3%B3rum\\_Permanente\\_de\\_Procesualistas\\_Civis\\_-\\_FPPC\\_-\\_2019](https://www.academia.edu/38626264/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Procesualistas_Civis_-_FPPC_-_2019). Acesso em: 19 set. 2020.

DIDIER JÚNIOR *et al.* “**Carta de Belo Horizonte – Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**”. Salvador: Jus Podivm, 2015. Disponível em: [https://www.academia.edu/37808283/FPPC\\_IV\\_Carta\\_de\\_Belo\\_Horizonte](https://www.academia.edu/37808283/FPPC_IV_Carta_de_Belo_Horizonte). Acesso em: 10 out. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 3.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o Novo CPC. **Revista do Advogado**. São Paulo: AASP. v. 35, n. 126, mai. 2015, p.182–191.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. 6 ed. Buenos Aires: Zavalía Editor, 1988, 2 v., t. 1.

FARIA, Sebastião Soares de. **Principais teorias relativas ao ônus probandi**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936. Dissertação (Concurso à cadeira de Professor de Direito Judiciário Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v.1.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** – PUC Minas Serro. v.01, 2010, p. 112-138. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110>. Acesso em: 18 set. 2020.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. 2010. 192f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco.

FREITAS, Gabriela Oliveira. **A Uniformização de Jurisprudência no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FREITAS, Gabriela Oliveira; GUIMARÃES, Marcionília Coelho. Provas ilícitas no direito brasileiro e a busca pela verdade real: um debate sobre direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias [et al.] (orgs.) **Direito probatório: temas atuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 187-213.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. Aplicabilidade de princípios constitucionais do processo no recurso de agravo no Direito Processual Civil. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 3, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/858/642>. Acesso em: 24 ago. 2020.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; CAMPOS, Felipe de Almeida. O instituto jurídico da prova no direito processual brasileiro e sua (re)construção histórica. **Argumenta Journal Law**. Jacarezinho-PR, n. 25, jul./dez. 2016, p. 301-326. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/904>. Acesso em: 18 ago. 2020.

FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; FREITAS, Carla R. C. Z. Poder normativo dos tribunais e o processo constitucional. In: CASTRO, João Antonio Lima; FREITAS, Sergio Henrique Zandona. (Coords.) **Direito processual: reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2010.

GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**. vol. 249. ano 40. São Paulo, nov. 2015, p. 117-139.

GALEGO, Felipe. **A estabilização da tutela antecipada e o modelo constitucional do processo**. 2019. 97f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde - FCH da Universidade FUMEC, Minas Gerais.

GIANTURCO, Luigi. Brevi note sulla teoria dell'onere della prova, anche in rapporto alle presunzioni, in generale. **Commentario alle Pandette**. Livro XXII. Milano: Società Editrice Libreria, 1906.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Tradução: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, t.I.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Jordânia Cláudia de Oliveira. **O instituto da prova na processualidade democrática como controle de legitimidade decisória**. 2015. 81f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

GONZÁLEZ, Ana Lúcia Stumpf. **Flexibilização da Distribuição do Ônus da Prova no Processo do Trabalho: Aplicação da Teoria das Cargas Dinâmicas Probatórias**. Disponível em:  
[http://www.lexeditora.com.br/doutrina\\_27077415\\_FLEXIBILIZACAO\\_DA\\_DISTRIBUICAO\\_DO\\_ONUS\\_DA\\_PROVA\\_NO\\_PROCESSO\\_DO\\_TRABALHO\\_APLICACAO\\_DA\\_TEORIA\\_DAS\\_CARGAS\\_DINAMICAS\\_PROBATORIAS.aspx](http://www.lexeditora.com.br/doutrina_27077415_FLEXIBILIZACAO_DA_DISTRIBUICAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO_PROCESSO_DO_TRABALHO_APLICACAO_DA_TEORIA_DAS_CARGAS_DINAMICAS_PROBATORIAS.aspx). Acesso em: 20 jun. 2020.

GRESTA, Roberta Maia. A democratização do exercício do poder pelo processo constitucional: a proteção dos direitos fundamentais como projeção das relações entre concepções de estado e processo. *In*: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROVER, Aires José (coords.). **Processo e jurisdição**. CONPEDI/UFF, Florianópolis: FUNJAB, 2012.

GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Provas**. Coleção Novo CPC, doutrina selecionada, v. 3, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 145-229.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Tradução William Rehg. Massachusetts: The MIT Press, 1996.

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

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013. [e-book]

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Prova e jurisdicionalismo no novo CPC brasileiro. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 12, n. 2, jul./dez. 2017, p. 36-52. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5226/pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n. 35, maio/ago. 2018, p. 13-25. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-01.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio**: os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Acervo/Publicacao/1748>. Acesso em: 24 set. 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Alvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LOPES, João Batista. Cargas dinâmicas da prova no novo CPC. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, ano 16, n. 41, jul./set. 2015, p. 33-41. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101574/cargas\\_dinamicas\\_prova\\_lopes.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101574/cargas_dinamicas_prova_lopes.pdf). Acesso em: 19 ago. 2020.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro Lopes. **O Juiz e o Princípio Dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. O CPC/2015 e a dinamização do ônus da prova: aspectos essenciais para a compreensão das mudanças. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Provas**. Coleção Novo CPC, doutrina selecionada, v. 3, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 597-609.

MACHADO, Hugo de Brito. O direito de produzir provas. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n.103, out/2011, p. 40-47.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 208, jun./2012, p. 295-316.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDONÇA, Evelyn Peixoto de. **A prova e o acesso ao processo coletivo democrático**. 2015. 143f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Belo Horizonte.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. 2 ed. Padova: Cedam, 1966.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0686.01.019604-2/002**, Relator Des. Dorival Guimarães Pereira, 5ª Câmara Cível, julgamento em 26/08/2004, publicação da súmula em 24/09/2004. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0686.01.019604-2%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 24 set. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. *In: Temas de direito processual*: 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73-82.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *In: Temas de direito processual*: 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 75, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). Direito Probatório*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 673-688.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAIVA, Danúbia Patrícia de. **Instituto lógico-científico da prova eletrônica no direito processual democrático**. 2020. 157f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. (*no prelo*)

PAIVA, Danúbia Patrícia de. **Responsabilidade civil do Estado por ato lícito na hipótese de dano grave emergente da função jurisdicional**: perspectiva a partir da morosidade processual e do ativismo judicial. 2015. 82f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade FUMEC, Belo Horizonte.

PALMITESTA, Mariana Aravechia. **Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. 2015. 118f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. 2013. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PAOLINELLI, Camilla Mattos; VIEIRA, Luciano Henrik Silveira. Da íntima relação entre ônus da prova e valoração como mecanismo de controle do conteúdo do pronunciamento jurisdicional. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et al* (orgs.). **Direito probatório**: temas atuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 123-143.

PEDRON, Flávio Quinaud.; COSTA, Jéssica Nayara Duarte. O saneamento no Processo Civil como instrumento de efetividade da atividade jurisdicional. **Revista de Processo**, v. 274, dez. 2017, p. 161-203. Disponível em: [https://www.academia.edu/35437051/O\\_SANEAMENTO\\_NO\\_PROCESSO\\_CIVIL\\_COMO\\_INSTRUMENTO\\_DE\\_EFETIVIDADE\\_DA\\_ATIVIDADE\\_JURISDICIONAL](https://www.academia.edu/35437051/O_SANEAMENTO_NO_PROCESSO_CIVIL_COMO_INSTRUMENTO_DE_EFETIVIDADE_DA_ATIVIDADE_JURISDICIONAL). Acesso em: 20 ago. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; FERREIRA, Isadora Costa. O ônus da prova dinâmico no Código de Processo Civil de 2015. **Revista dos Tribunais Online**. Revista de Processo, vol. 285, nov. 2018, p. 121-156. Disponível em: [https://www.academia.edu/37764062/O\\_%C3%94NUS\\_DA\\_PROVA\\_DIN%C3%82MICO\\_NO\\_C%C3%93DIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL\\_DE\\_2015](https://www.academia.edu/37764062/O_%C3%94NUS_DA_PROVA_DIN%C3%82MICO_NO_C%C3%93DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL_DE_2015). Acesso em: 20 ago. 2020.

PEREIRA, Alexandre Ferrer Silva. **A efetividade da tutela antecipada de evidência no Estado Democrático de Direito**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos Lineamientos de Las Cargas Probatorias Dinámicas. *In*: PEYRANO, Jorge Walter; WHITE, Inés Lépori. **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 197-228.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Breves reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie [*et al.*] (coord.). **Direito Probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 339-353.

PIRES, Cristiane Pedroso. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. 2014. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova no NCPC. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). **Direito Probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 135-157.*

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

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). **Direito Probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 115-134.*

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

REZENDE, Marcos. A contribuição da teoria estruturalista para o processo constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro – Reflexões sobre a crítica de Hermes Zaneti Júnior à teoria de Fazzalari. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 22, n. 87, jul./set. 2014, p. 31-59.

RODRIGUES, Daniel Colnago; MONTEIRO NETO, João Pereira. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Provas**. Coleção Novo CPC, doutrina selecionada, v. 3, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 501-531.*

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba** (tradução). Buenos Aires: EJEA, 1956.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEA, 1955. v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

SILVA, Daiane Barbosa. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil de 2015**. 2018. 54f. Monografia (conclusão do curso) – Centro Universitário Curitiba, Faculdade de Direito de Curitiba. Disponível em: <https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/DAIANE-BARBOSA-SILVA.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie [et al.] (coord.). **Direito Probatório**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 211-246.*

TARUFFO, Michele. Il concetto di “prova” nel diritto processuale. **Revista de Processo**, v. 229, São Paulo, mar. 2014, p. 75-88.

THAMAY, Rennan Faria Kruger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord. geral); MACÊDO,*

Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). **Provas**. Coleção Novo CPC, doutrina selecionada, v. 3, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 231-249.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova e a iniciativa do juiz no novo Código de Processo Civil: disputa entre garantismo e ativismo judicial. In: RÊGO, Werson (Coord.). **Segurança jurídica e protagonismo judicial**: desafios em tempos de incertezas – estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 401-434.

THIBAU, Vinícius Lott. Os paradigmas jurídico-constitucionais e a interpretação do Direito. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, v. 3, n. 1, jan./jun. 2008, p. 317-354. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/787/631>. Acesso em: 08 out. 2020.

THIBAU, Vinícius Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. (Coord.). **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.p. 49-69.

TRAPP, Natália Gehres. **Distribuição dinâmica do ônus da prova**. 2015. 37f. Monografia (conclusão do curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil) –Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/129826/000976288.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 jul. 2020.

VIEIRA, Geraldo da Silva; MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **Institutos fundamentais do Direito Processual Civil e o constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; CORREIA DE ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. I.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. O projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar: um retrocesso na efetividade, celeridade e razoável duração do processo. **Revista de Processo**, v. 36, n. 199, set. 2011, p.195-204.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.