

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
RODRIGO COSTA YEHIA CASTRO**

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: uma nova
regulação capaz de superar antigos desafios?**

**Juiz de Fora
2016**

RODRIGO COSTA YEHIA CASTRO

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: uma nova
regulação capaz de superar antigos desafios?**

Monografia apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel. Na
área de concentração Direito sob
orientação do Profa. Dra. Clarissa
Diniz Guedes.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

RODRIGO COSTA YEHIA CASTRO

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: uma nova regulação capaz de superar antigos desafios?

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes
Faculdade de Direito da UFJF

Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria
Faculdade de Direito da UFJF

Mestranda Laís Lopes
Faculdade de Direito da UFJF

PARECER DA BANCA

() APROVADO (

) REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016

Dedico este trabalho aos meus pais, à
minha noiva, minhas tias, demais
familiares, mestres e amigos, que muito
colaboraram para sua realização.

Agradeço aos meus pais, por dar e manter minha vida, a Deus pela constante iluminação, à Karol e toda sua família, por engrandecer meus dias, às minhas tias pelo afeto e dedicação, aos meus amigos de Barbacena, por me apoiarem tanto, à Quinta Santa, por ser o que mais prezo em Juiz de Fora, aos mestres, em especial Vicente e Clarissa, por me ensinarem que docência, qualidade e dedicação são indissociáveis.

“Cada pessoa brilha com luz própria entre todas as outras. Não existem duas fogueiras iguais. Existem fogueiras grandes e fogueiras pequenas e fogueiras de todas as cores. Existe gente de fogo sereno, que nem percebe o vento, e gente de fogo louco, que enche o ar de chispas. Alguns fogos, fogos bobos, não alumiam nem queimam; mas outros incendeiam a vida com tamanha vontade que é impossível olhar para eles sem pestanejar, e quem chegar perto pega fogo.”

(Eduardo Galeano, 1989)

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar se a nova regulação acerca do ônus da prova, constante do Código de Processo Civil, que consagrou a teoria das cargas dinâmicas probatórias no ordenamento, será capaz de resolver os diversos desafios que a aplicação da referida teoria enfrentou ao longo dos tempos. Pretende-se demonstrar o quão complexa ainda é a abordagem acerca do ônus da prova, mesmo com a positivação de dispositivo claro acerca do tema. Para tal, o presente trabalho realizou uma construção histórica do instituto, explicitando as diversas abordagens doutrinárias acerca do tema, sobretudo abordando a experiência do Código de Defesa do Consumidor e seu modelo de inversão do ônus da prova. O novel marco regulatório do tema foi enfrentado através da análise de sua eficácia para regular as situações como o da incompatibilidade sistêmica do instituto, a formação de prova diabólica e a profusão de decisões genéricas no âmbito do judiciário.

Palavras-chave: Ônus da prova. Cargas dinâmicas. Código de Processo Civil. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The current study want to analyze if the new regulation about the burden of proof, in the Code of Civil Procedure, that consecrate the theory of dynamic charges probationary in the juridical planning, will be capable to solve the many challenges that the application of the said theory faced over the time. This work wish to show how still complicated is the approach about the burden of proof, even with the affirmation of clear legal article about the theme. For this purpose, the current study has made an historical construction about the institute, explaining the many theoretical approaches across the theme, especially talking about the experience of the Consumer's Code and his inversion of the burden of proof model. The new regulatory mark of the theme has been faced through the analysis of his efficiency to regulate situations like the systemic incompatibility of the institute, the formation of diabolical proof and the profusion of generic decisions in the judiciary branch.

Keywords: Burden of proof. Dynamic Charges. Code of Civil Procedure. Consumer's Code.

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 – Decisões em que se especificam ou não os fatos a serem provados.....	35
--	----

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 NOTAS INICIAIS ACERCA DO ÔNUS DA PROVA.....	12
2.1 BREVE HISTÓRICO.....	12
2.2 DIFERENÇA ENTRE ÔNUS E OBRIGAÇÃO.....	14
2.3 TEORIAS ACERCA DO ÔNUS DA OBRIGAÇÃO E DA PROVA	15
2.4 O JUIZ, AS PROVAS E O <i>ONUS PROBANDI</i> : ATIVISMO?.....	16
3 A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	21
3.1 A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS	21
3.2 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	23
4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	25
5 UMA NOVA REGULAÇÃO CAPAZ DE SUPERAR ANTIGOS DESAFIOS.....	28
5.1 O DESAFIO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE A TEORIA DINÂMICA E O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	28
5.2 O DESAFIO DE EVITAR A <i>PROBATIO</i> DIABÓLICA	30
5.3 O DESAFIO DE EVITAR A INVERSÃO GENÉRICA DO ÔNUS <i>PROBANDI</i>	32
5.3.1 METODOLOGIA.....	34
5.3.2 RESULTADOS DA PESQUISA.	35
6 CONCLUSÃO.....	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	39

1 INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto de estudo uma das mais palpitantes questões do processo civil contemporâneo: o ônus da prova e as diversas teorias acerca de tal instituto, que vem suscitando calorosas discussões na doutrina e jurisprudência pátria.

O seu objetivo é apresentar a gênese das teorias acerca do ônus da prova, o seu desenvolvimento e as consequências de nova regulação e estudo sobre o tema para a prática processual brasileira.

O problema abordado na presente monografia é aquele que a nomeia: a nova regulação acerca do ônus da prova insculpido no Novo Código de Processo Civil, que contempla a chamada “teoria dinâmica do ônus da prova” será capaz de resolver os diversos desafios criados ao longo dos tempos pela inversão do *onus probandi* e o modo como é aplicada no Brasil?

Para realizar o que se propõe, o trabalho em questão será constituído de uma análise inicial do histórico do instituto, da diferenciação entre os conceitos de ônus e obrigação e apresentação das teorias acerca dos ônus da afirmação e da prova, além de análise sobre a atuação do magistrado na atividade probatória. A questão do ativismo judicial será enfrentada, sob o prisma dos amplos poderes instrutórios conferidos ao juiz no contexto atual, o que contempla a possibilidade de redistribuição do encargo probatório, numa claríssima adoção da teoria das cargas dinâmicas no contexto do judiciário brasileiro. .

Em outro momento, em uma linha lógica, será apresentada a teoria das cargas dinâmicas probatórias, um breve panorama evolutivo do instituto inicialmente tratado, além de demonstrar a adoção da teoria no novel Código de Processo Civil brasileiro. Será demonstrado o modelo do Código de Defesa do Consumidor, que trabalha com o conceito de inversão do ônus da prova há mais tempo e é importante fator na construção dogmática acerca do tema.

Após esse arcabouço de informações sobre o tema ser constituído, adentrar-se-á na questão de quais desafios a nova regulação e mesmo toda a construção dogmática acerca do tema terá de enfrentar e mesmo se essa regulação será suficiente para tal.

2 NOTAS INICIAIS ACERCA DO ÔNUS DA PROVA

2.1 Breve histórico

Em uma primeira análise, deve-se buscar a base histórica do instituto em vértice, qual seja o “ônus da prova”. Segundo Alessandro Giuliani (1988, p. 533), “o ônus da prova começa a existir como um princípio retórico, baseado numa teoria das presunções e na lógica do provável, porém não se trata, em princípio de regra vinculativa ou substitutiva do *non liquet*”.

As raízes do referido instituto são encontradas no Direito Romano, “posto que, nos processos primitivos, considerando-se a prova um direito do réu, não se cogitava de ônus e, muito menos, de sua repartição entre autor e réu” (LOPES, 2010, p. 1).

Os romanos, precursores no tratamento do tema, valiam-se de uma série de brocardos para “ilustrar” a questão probatória que, segundo João Batista Lopes (2010), situavam o problema “em termos práticos e objetivos”: “*necessitas probandi incumbit ei qui agit; affirmanti non neganti incumbit probatio; allegatio et non probatio quasi non allegatio; reus in excipiendo fit actor e actore non probante, réus absolvitur*” (LOPES, 2010, p. 1).

Para João Batista Lopes (2010), a validade de tais aforismas é posta em dúvida, porque sua formulação em termos genéricos não resolve os problemas e esbarra em muitas dificuldades. Um dos aspectos relatados pelo autor é a concernente à regra do “actore non probante, réus absolvitur”, tida por demais inexata, já que mesmo se o demandante deixar de realizar alguma prova, fazendo-o outro, deve-se aceitar a prova como se fosse daquele.

Entretanto, apesar de eventuais inexatidões dos brocardos acima transcritos, é inquestionável sua importância, pois foram sobre elas que se edificaram as teorias modernas acerca do *onus probandi*, como assinala João Batista Lopes (2010).

Alfredo Buzaid (1972, p. 120) avança sobre a importância dos institutos romanos para a correta compreensão da noção de ônus da prova:

Essa importante distinção entre as alegações que as partes podem fazer em juízo gera a repartição do ônus da prova e constitui a base em que, no direito moderno, se assentou a classificação entre fatos *constitutivos*, *modificativos* e *extintivos*. É que, em direito romano, o fato afirmado pelo autor, por este devia ser provado; se o réu oferecesse uma exceção de *pagamento*, *non numeratae pecuniae* ou *non adimpleti contractus*, ao réu cabia fazer a prova de sua afirmação, porque tais fatos jurídicos tendiam a modificar ou extinguir a obrigação.

Importantes marcos históricos foram relevante para a transformação do sistema probatório, no contexto do Direito Romano:

a instauração do Dominato a partir de meados do século III d. C., cuja estrutura altamente hierarquizada contribuiu para a regulamentação do direito, inclusive no campo probatório; a conversão do imperador Constantino (306-337) ao Cristianismo, no início do IV século, fato que também refletiu no sistema probatório romano, em termos de valoração de determinados meios de prova. (MORAES, 2008, p. 208 e 209)

Os reflexos produzidos por tais eventos não foram observados de imediato, mas é possível verificar alguma regulamentação do direito probatório já na legislação de Diocleciano e Maximiano, em que se positivam as máximas sobre o ônus da prova já conhecidas no período clássico e se encontram também normas que permitem a manter a validade de um ato jurídico ainda que celebrado sem a observância do instrumento adequado.

No direito germânico, “ao contrário do Direito romano, vigorava a regra segundo a qual o ônus da prova incumbia ao réu” (LOPES, 2010, p. 1), o que era coadunante com aquele sistema, baseado na noção de que o processo não era uma pretensão do autor submetida a um crivo judicial, mas sim, no dizer de João Batista Lopes (2010) “um ataque seu contra uma injustiça cometida pelo réu”.

Quanto ao sistema português, o mesmo foi influenciado pelos institutos desenvolvidos no direito romano, embora seja pobre de disposições a respeito. Preleciona Alfredo Buzaid (1972, p. 122-123) sobre o ônus da prova no direito da pátria portuguesa:

Os títulos mais importantes do Livro III do Código Filipino são o n.º 25, 52 e 53, n.º 10; os dois primeiros contém preceitos gerais sobre a prova, que deve ser feita pelo autor e pelo réu; o último limita o aforisma latino *negativa non sunt probanda*, declarando que não é verdadeiro, porque as chamadas *negativas* bem podem ser provadas, se coarctadas a certo tempo e lugar e bem assim quando ela se resolve em afirmativa. A doutrina, porém, foi rica de informações e, fundada nas lições do direito intermédio, difundida por toda a Europa, sagrou os princípios derivados do direito romano.

O direito brasileiro, como bem sabido, nos primeiros tempos, não se afastou do português. Segundo Buzaid (1972, p. 123), o Regulamento n.º 737, então matriz do processo no Brasil “não contém disposições explícitas sobre o ônus da prova”. Entretanto, os Códigos de Processo Civil estaduais foram, segundo o autor anteriormente referenciado, “mais minuciosos, prescrevendo de modo geral que compete a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer”.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1939 regulava a matéria do ônus probatório de maneira ampla nos artigos 209 e seguintes, enquanto o Código de Processo Civil de 1973 tratava da matéria no artigo 333. Quanto ao Código de Processo Civil de 2015, o presente trabalho analisará adiante o novo tratamento da questão em voga.

2.2 Diferença entre ônus e obrigação

Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007) afirma ter sido o conceito de ônus desenvolvido pela doutrina, “que esclarece não se cuidar de dever jurídico, mas de encargo, de modo que as partes podem escolher entre praticar o ato ou deixar de fazê-lo, sem sofrer propriamente uma penalidade ou sanção”, entretanto podendo correr o risco de sofrer prejuízo em caso de omissão.

Para uma melhor compreensão do tema deste trabalho, insta fixar os pontos que diferenciam ônus e obrigação: “por ônus entende-se não um dever jurídico, mas a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio” (LOPES, 2010, p. 2); enquanto isso, na obrigação “ocorre a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio”. De maneira exemplificativa, tem-se que o réu não tem a obrigação, o dever jurídico, de contestar a ação, mas o ônus, a carga de fazê-lo.

Como bem dito por João Batista Lopes (2010), “a ausência de contestação não implica necessariamente decretação da procedência do pedido, salvo em casos especiais”. Obviamente, ao contestar, o réu fica em uma situação jurídica melhor. Entretanto, é plenamente possível que o magistrado decida em favor do réu revel, em vista de não ter considerado provado o fato constitutivo alegado pelo autor. Não de se há falar, como citado por João Batista Lopes (2010), em dever de contestar, pois o magistrado julgará a demanda levando em consideração todos os elementos constantes dos autos.

João Batista Lopes (2010) assevera, ainda, acerca do tema “no ônus há, de conseguinte, a idéia de carga e não de obrigação ou dever”. Pontes de Miranda (1974), em seus Comentários ao Código de Processo Civil, elucida a diferença entre dever e ônus consiste em que “o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo”, enquanto “o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse”.

Arruda Alvim (2012, p. 968) avança no tema e afirma que “outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstancia de esta ultima ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus”.

2.3 Teorias acerca do ônus da afirmação e ônus da prova

Ao se valer do Judiciário para ter uma pretensão atendida, o sujeito tem o ônus de, preliminarmente, afirmar fatos que consubstanciem sua pretensão. Segundo João Batista Lopes (2010, p. 2), o sujeito “não pode limitar-se a postular o reconhecimento de um direito, impondo-se-lhe a narração de fatos de que decorra a possibilidade da proteção judicial”.

Porém, não sendo a mera afirmação suficiente para garantir o acolhimento da pretensão, posto que diversa alegação advinda da contraparte será igualmente feita, faz-se surgir a necessidade de realizar as provas dos fatos alegados em juízo. No dizer de Lopes (2010), “em princípio, como é o autor que pretende fazer valer seu direito, a ele deveria incumbir sempre o ônus da prova”, entretanto, ante a insuficiência desta regra inicial e em obediência ao princípio da igualdade de tratamento das partes, segundo Lopes “impõe-se a repartição do ônus da prova entre elas”. Sendo assim, no sistema processual brasileiro, como regra geral, incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.

O tema, de suma importância para a processualística, foi objeto de estudo ao longo dos tempos e sobre ele muito se teorizou. “Teorias de inspiração civilística procuraram explicar ou resolver o problema do ônus da prova” (LOPES, 2010, p. 3), dentre diversas outras das mais variadas matizes doutrinárias. Tais teorias, que serão colacionadas adiante, são as de Bentham, Webber, Fitting, Bethmann HoUweg e Gianturco. Em uma síntese, apresentada por Lopes (2010, p. 3), tais teorias podem ser compreendidas da seguinte forma:

- a prova deve ser feita por quem possa satisfazer o ônus mais fácil, menos inconveniente e menos dispendiosamente – Bentham;
- a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação, em relação aos fatos ainda incertos – Webber;
- deve presumir-se a existência de um direito uma vez fundado – Bethmann Hollweg;
- só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada – Fitting;
- cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem – Gianturco

Não menos importante, deve-se atentar para uma aceção em que se considere o ônus da prova em seu caráter objetivo e subjetivo, outra sistematização doutrinária acerca do tema. Na teoria do ônus subjetivo da prova, “ao autor cabe sempre a prova do fato constitutivo de sua pretensão,

tocando ao réu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos” (LOPES, 2010, p. 6). É o critério geral adotado pelo legislador nos Códigos de 1973 (artigo 333) e 2015 (artigo 373). No dizer de João Batista Lopes (2010), “trata-se de regra da mais alta importância porque através dela é que se fixam responsabilidades nos casos em que os fatos alegados não são convenientemente demonstrados”.

Entretanto, no instante em que o magistrado se debruçar sobre os autos do processo para dirimir as controvérsias e resolver a causa, “diminui de importância a indagação sobre quem provou. Importa, apenas, o demonstrado, não quem o demonstrou” (LOPES, 2010, p. 6), o que constitui o chamado ônus objetivo da prova (teoria do ônus objetivo da prova). Ou seja, o ônus da prova pode ser enfrentado sob perspectiva subjetiva, de estímulo às partes para buscar fontes de prova capazes de confirmar as afirmações feitas, mas também sob o prisma objetivo, de regra de julgamento destinada ao juiz, aplicável às hipóteses de insuficiência probatória.

O ônus subjetivo da prova não constitui um ônus perfeito, na medida em que o comportamento da parte não é condição essencial à prova do fato cujo ônus lhe incumbe. Do mesmo modo, não se pode dizer que o descumprimento do ônus vá originar, sempre e necessariamente, um julgamento desfavorável à parte onerada. Neste sentido, deve-se ponderar que o princípio da comunhão da prova ou da irrelevância da autoria, bem como os poderes instrutórios do juiz, impõem atenuações ao ônus subjetivo da prova. Clarissa Diniz Guedes (2013, p. 354) afirma:

Assim, enquanto a incidência da regra sobre o ônus da prova resolve o problema da falta de provas por um critério de julgamento de natureza subsidiária, a regra que estabelece uma presunção orienta a valoração dos elementos probatórios, na medida em que, diante da inexistência de prova em sentido diverso, equipara a prova do fato indiciante à prova do fato indiciário.

Pelo exposto acima, depreende-se que a função das presunções legais não se esgota na simples alteração do ônus da prova, enquanto regra de julgamento, servindo também, segundo Clarissa Diniz Guedes (2013) como “elementos lógico persuasivos que influenciam na valoração do conjunto probatório”.

2.4 O juiz, as provas e o ônus *probandi*: *ativismo*?

Em sistemas em que o princípio dispositivo encontra morada, “a indicação e a produção das provas é tarefa que incumbe às partes, devendo o juiz julgar ‘secundum allegata

et probata' e não ir além do que pretendem as partes" (LOPES, 2010, p. 3). Contudo, admitir-se, em caráter absoluto, tal princípio seria desprestigiar sobremodo a relevante tarefa da prestação jurisdicional, conforme preleciona João Batista Lopes (2010).

Nesse esteio, a processualística civil pátria abandonou as ficções do princípio dispositivo, não obstante ter acolhido na sistemática a grande maioria de seus principais esteios. O sistema pátrio procura atribuir ao magistrado papel mais relevante na direção do processo, "conferindo-lhe uma soma de poderes bastante ampla, na busca da verdade" (LOPES, 2010, p. 3).

Arruda Alvim (2012, p. 968) vaticina o seguinte sobre o tema:

A generalidade das ordens jurídicas positivas, adotando o princípio dispositivo, aceita, correlatamente no campo da prova, o ônus da prova como um dos elementos primordiais na distribuição do dever as partes, determinando essa ordem jurídica *quem, quando e como* deve trazer a prova, de tais e quais fatos.

Deste modo, sobre a sentença, o raciocínio do juiz e a função do ônus da prova, é possível dizer que, recaindo sobre uma das partes o ônus da prova relativamente a tais e quais fatos, não cumprindo esse ônus e inexistindo nos autos quaisquer outros elementos, será presumido um estado de fato contrário a essa parte (Arruda Alvim, 2012, p. 970). Assim, quem devia provar e não o fez perderia a demanda.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 2) traz como importantes fundamentos do ônus da prova temas caros aos juízes na apreciação da demanda: a necessidade de certeza para o julgamento do mérito da causa e a proibição do *non liquet*. "A primeira razão da existência do ônus da prova é a necessidade de formação do convencimento do juiz quanto aos fatos da causa", logo o autor afirma ser necessário se ter "a certeza quanto a terem ocorrido ou não os fatos controvertidos alegados pelas partes" (YOSHIKAWA, 2012, p. 2). O autor anteriormente referenciado ainda afirma que ante a impossibilidade do magistrado se decidir, "a lei decide por ele, determinando imperativamente quem há de suportar as consequências da falta da prova". Quanto ao fundamento do ônus da prova buscado na vedação do *non liquet*, este se extrai do fato de que o sistema processual brasileiro não admite que o julgador, não tendo sido convencido quanto a nenhuma das versões fornecidas pelas partes, possa extinguir o processo. Uma solução deve ser dada para a demanda apresentada. Sendo assim, as regras sobre o ônus da prova têm dupla função: "impedem decisões arbitrárias por parte do juiz, fundadas em suas preferências ou preconceitos pessoais" e também cumprem o papel de evitar o *non liquet*, "que representaria inadmissível renúncia ao exercício da jurisdição" (YOSHIKAWA, 2012, p. 3).

Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), ao analisar a sistemática do ônus probatório, afirma que, inicialmente “a tarefa de provar era vista como algo que cabia, senão exclusivamente, muito predominantemente às partes”. Segundo a autora, foi por causa dos difundidos “princípios da igualdade e da imparcialidade é que se entendeu durante muito tempo que assim se deveria delinear a teoria do ônus da prova”. Todavia, segundo a autora referenciada acima, foi se difundindo paulatinamente a “ideia de que o juiz deve desempenhar papel muito mais ativo na fase probatória do processo”. No mesmo sentido, vaticina Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 1-2):

Essa ideia, como se disse acima, parte de uma preocupação honesta com o acesso à justiça e também, do ponto de vista estritamente dogmático, da noção adequadamente entendida no sentido de que o processo é direito público, e que disso decorrem consequências inarredáveis.

Se o processo é direito público, toda questão ligada ao interesse das partes fica, sob essa ótica, esmaecida. Não tem sentido, assim, falar-se em que o juiz teria ‘favorecido’ uma das partes. Ao magistrado interessa a busca da verdade, e se, casualmente, com essa busca, indiretamente, estiver ‘favorecendo uma das partes’, isso importa nada ou muito pouco.

O magistrado, segundo a linha de entendimento supracitada, seria *parcial* se apenas assistisse inerte ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para *tornar iguais partes que são desiguais*. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), a “interferência do juiz na fase probatória, vista sob esse ângulo, não o torna parcial”.

Como demonstrado, no atual contexto do processo civil, sobretudo com o Código de Processo Civil de 2015, é forte a tendência do fortalecimento dos poderes do juiz, especialmente no campo probatório, visto que se deve atuar para mitigar as desigualdades. Partindo-se dessa premissa, chegamos à seguinte indagação: quais são os limites estabelecidos no sistema para a atuação dinâmica do juiz?

Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007) afirma que “embora se deva aplaudir a orientação no sentido de que o juiz deva atuar dinamicamente, tal não significa conceder-lhe a titularidade exclusiva do processo”. A lei atribui aos magistrados os poderes de direção e de instrução, mas devem os julgadores observarem o princípio da isonomia, o qual proíbe que um dos litigantes seja beneficiado pelos atos exarados pelo juiz. Segundo Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007, p. 3):

Assim, do mesmo modo que o juiz não pode dar início ao processo, também não deve transformar-se em advogado de uma das partes, nem pode alterar o quadro fático ou o fundamento jurídico do pedido, nem julgar fora dos limites da lide, nem converter-se em investigador dos fatos.

Sendo assim, o posicionamento do juiz no processo deve ser de expectativa em relação à atuação probatória das partes. Segundo Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007) “o juiz deve aguardar as provas das partes para, em seguida, decidir ou determinar sua complementação”.

Não se deve aceitar, no entanto, a ideia de que o juiz, de qualquer modo, torne-se o *dono do processo* ou uma espécie de investigador de fatos e, a pretexto de proteger o mais fraco, ignore as normas do sistema. Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007) afirma que também não entende “que, no campo probatório, exerça o juiz um poder discricionário, isto é, inspirado apenas em razões de conveniência e oportunidade”. Como ressalta a autora referida “em conclusão, não se pode confundir *ativismo* com discricionariedade”. Ainda emenda, no mesmo sentido Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007) que “também não se pode admitir que o juiz, a pretexto de apurar a verdade real, se valha de meios não admitidos no sistema ou de elementos estranhos aos autos”.

O que se verifica no contexto do atual Código de Processo Civil é que as partes e o magistrado devem desempenhar no processo o papel que a lei lhes confiou, ou seja, todos esses atores devem colaborar para que a atividade jurisdicional atinja suas finalidades. Segundo Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007) “o princípio da colaboração entre as partes e o juiz deve reger a prática dos atos processuais” e tal princípio, no dizer da autora está em plena “harmonia com a visão atual do princípio do contraditório, que não significa unicamente informação e reação, mas também participação e diálogo”, entendimentos doutrinários estes que nortearam a redação do novo regramento processual brasileiro.

O artigo 6º, do Código de Processo Civil é claro quanto à necessidade de colaboração entre as partes e o magistrado, tomando como base uma noção democrática de processo, coadunante com os elementos mais modernos da processualística: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Sendo assim, o sistema processual brasileiro atualmente, no contexto da atividade probatória (e instrutória em geral), exige um juiz que seja presente, atuante, dinâmico e participante, nos dizeres de Lopes “que não se limite a dirigir o processo como simples árbitro, mas ao mesmo tempo impõe encargos às partes, que não podem furtar-se em colaborar com a atividade judicial”.

É de sobrelevo ressaltar que “apesar da tendência atual de fortalecimento dos poderes do juiz, o sistema não acolhe o princípio inquisitório” (LOPES, 2007, p. 6), já que o

sistema judiciário brasileiro não disporia de estrutura suficiente para deixar exclusivamente a cargo do juiz a tarefa da apuração dos fatos.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), analisando o contexto de colaboração e de direção judicial plena da atividade probatória, afirma que “desaparece, segundo esse ângulo de análise, a *subsidiariedade* da atividade judicial no âmbito instrutório”. O juiz não é chamado a agir apenas quando as partes não o conseguem, ou seja, de maneira subsidiária, mas também chamado é quando instruir corretamente a atividade probatória se torna corolário de obtenção de uma decisão verdadeiramente embasada e justa. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (2005), o “curioso” é que o desaparecimento dessa subsidiariedade se dá “em nome também dos princípios da igualdade e da imparcialidade, que inspiram a outra visão”, esta que deseja restringir a atividade do juiz na instrução, porém, tais princípios são entendidos de outro modo.

Sobre o tema da lealdade processual e da cooperação, coadunando com o tratado no presente tópico, Márcio Carvalho Faria (2015, p. 128) afirma que:

Não é possível se falar em um *juiz leal* sem que sejam observados, além do contraditório participativo, os ditames relativos ao princípio da cooperação. Afinal, ao se tomar como base o modelo cooperativo de processo e, ainda, ao se considerar a lealdade processual apta a criar deveres anexos ao juiz, *afastar a observância da cooperação processual da formação de um juiz leal soaria, no mínimo, incoerente.*

Sendo assim, “o exame do modelo processual adotado entre nós permite concluir que o chamado ativismo judicial não é incompatível com os ônus processuais impostos às partes” (LOPES, 2007, p. 6). Para tal, nos dizeres de Maria Elizabeth de Castro Lopes (2007), “os sujeitos da relação jurídica processual (autor, réu e juiz) devem desempenhar o papel que a lei lhes confiou para que a atividade jurisdicional cumpra seus fins”. Logo, o caminho da combinação entre as regras sobre as atividades das partes e do juiz, inicialmente de aparência conflitante, é plenamente cabível quando feita à luz do princípio da colaboração, que no dizer da autora referenciada “está em harmonia com a idéia de participação e diálogo, aspectos do princípio do contraditório”.

3 A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 A teoria das cargas dinâmicas probatórias

A gênese da teoria das cargas dinâmicas probatórias é assunto de importância para o tema abordado no presente trabalho. Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 5):

A repartição dinâmica do ônus da prova, com vistas às peculiaridades do caso concreto, respeita o próprio conceito de ônus processual, tal como desenvolvido por Goldschmidt no âmbito de sua conhecida teoria da situação jurídica processual. Afinal, em sua teoria o processo foi concebido sob uma perspectiva claramente dinâmica.

Baseados no autor alemão, autores da chamada escola argentina aperfeiçoaram a teoria, dando tratamento científico mais profundo à questão do ônus da prova. Fazendo uma digressão histórica, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 5) cita artigo do argentino Jorge W. Peyrano, que fala sobre os casos que chamaram atenção e ocasionaram a maior atenção ao tema:

Jorge W. Peyrano conta o primeiro caso a lhe chamar a atenção para a insuficiência das regras tradicionais de regulação do ônus da prova: cuidava-se de ação ajuizada por paciente, em decorrência de cirurgia malsucedida. De acordo com a tradicional repartição do ônus probatório, ao autor incumbiria comprovar o erro do cirurgião, porquanto fato constitutivo. Todavia, impor ao autor, vítima de uma lesão cirúrgica, a prova acabada do que ocorreu e como ocorreu no ato cirúrgico, equivaleria a negar-lhe toda e qualquer chance de êxito. Por outro lado, os médicos e enfermeiros partícipes da cirurgia têm muito mais condições de produzir a respectiva prova.

Sobre o tema da repartição do ônus da prova e como deve ser encarado, o próprio Jorge W. Peyrano (2004) comenta:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está em 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.

É de sobrelevo ressaltar que o critério de atribuir o ônus à parte que tem as melhores condições de produzi-la não é, propriamente, uma novidade. Como bem dito por Luiz

Eduardo Boaventura Pacífico (2011), “diversas correntes doutrinárias ‘antigas’, entre elas as de Bentham e Demogue, utilizaram esse norte para regular a distribuição do *onus probandi*”. Entretanto, a novidade na doutrina do ônus dinâmico, segundo o autor citado, é “utilizar o aludido princípio de forma subsidiária e suplementar – se e quando os critérios distributivos gerais conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto”.

É de se reforçar também que, a despeito de sua relevância, mesmo no contexto argentino, a teoria é usada em caráter excepcional, como bem destaca Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011) “sua aplicação não objetiva substituir os critérios tradicionais de repartição do ônus *probandi*, mas servir de princípio suplementar e subsidiário, para hipóteses especiais e claramente delineadas”. Sobre o tema, complementa Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 6):

Por isso mesmo, ao enfatizar o campo excepcional de incidência da teoria, o jurista argentino sublinha que não se trata de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova, que concorra em pé de igualdade com os critérios já estabelecidos, mas sim “de formular una pauta ‘excepcional’ que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifiestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos ‘normales y corrientes’ que no son los correspondientes al caso.

João Batista Lopes (2012) afirma “a posição de Peyrano é adotada largamente na Argentina e repercutiu também em solo brasileiro”. A jurisprudência pátria, como destaca Arruda Alvim (2012), amparada na preocupação histórica com a prova diabólica, de realização impossível ou muito difícil por uma das partes, adotou a Teoria da Carga Dinâmica das Provas. Nesse esteio, no ano de 1996, prolatou-se acórdão, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, em que se adotava como critério a disponibilidade do litigante para a produção da prova, cuja ementa transcreve-se abaixo:

Responsabilidade civil. Médico. Clínica. Culpa. Prova.

1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido”

(STJ, REsp 69.309/SC, 4.a T., j. 18.06.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 26.08.1996, p. 29688, JBCC, vol. 194 p. 55; LEXSTJ, vol. 89, p. 155; RSTJ, vol. 87, p. 287).

Ademais, a repercussão da teoria no Código de Processo Civil de 2015 é altamente notada, conforme disse Lopes (2012, p. 8), três anos antes da aprovação do “novo” Código: “o certo é que a teoria das cargas dinâmicas foi acolhida por renomados processualistas brasileiros, o que certamente contribuiu para sua inclusão no Projeto de novo Código de Processo Civil”.

3.2 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil

A glosa do artigo 373, do Código de Processo Civil, traz o seguinte:

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 (grifo nosso).

§ 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.

João Batista Lopes (2012) fazia apontamentos elogiosos à nova orientação, que à época estava na forma de um projeto de lei e que acabou materializada no §1º do artigo 373, ora destacado, “seja porque escorada em autorizada doutrina, seja por atender aos escopos do modelo constitucional de processo, notadamente preocupada com a efetividade e com o princípio do contraditório”. O que pode ser alvo de críticas, segundo João Batista Lopes (2012, p. 7), é o fato de que “os termos genéricos utilizados no artigo [...] conferem ao juiz poder demasiado, a gerar risco de insegurança para as partes”. Demais críticas à teoria e sua aplicação serão desenvolvidas neste trabalho em momento posterior.

Ao tratar do presente tema, sobretudo no bojo do Código de Processo Civil de 1973, sempre foi necessário discutir se a regra da inversão do ônus da prova se trataria de regra de julgamento ou de instrução.

É tido que “em princípio, cuidando-se de regras sobre o ônus da prova, sua aplicação só deve ocorrer ao ensejo da sentença, se não houver elementos suficientes para formar a convicção do julgador” (LOPES, 2012, p. 5). Tal noção deriva da própria ideia inicial do precursor Rosenberg para quem, segundo João Batista Lopes (2012), “cuida-se de regra de julgamento, uma vez que *interessa o que foi provado, não quem provou*”. Entretanto, conforme bem diz Lopes, a legislação “inclinou-se em sentido diverso, certamente por considerar o caráter excepcional da flexibilização das regras legais”, como demonstrado no tópico anterior, sob forte influência da escola argentina.

Como inscrito no §1º do artigo 373 do texto legal, “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**” (*grifo nosso*), o que consagra a inversão do ônus da prova como regra de instrução.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012), a despeito de sua visão crítica à respeito da teoria dinâmica, trata a solução da inversão como regra de instrução como “equilibrada, porque reparte entre os litigantes os incômodos envolvidos”.

Desse modo, como demonstrado neste tópico, a distribuição dinâmica do ônus da prova se tornou uma realidade ainda mais forte em nosso ordenamento com a sua positivação no parágrafo primeiro do artigo 373, do Código de Processo Civil de 2015, sempre recordando que a mesma é invocada em julgados nos tribunais brasileiros há anos, conforme demonstrado em tópico anterior. No capítulo 5 do presente trabalho, tentaremos responder se essa nova regulação será suficiente para resolver antigos desafios que a aplicação da teoria vem criando ao longo dos tempos.

4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/90, inovou ao apresentar determinações próprias e particulares que tratam com especificidade de questões em que fornecedores e consumidores integram a relação jurídica, principalmente no que concerne a matéria probatória e inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Consubstanciado em seu caráter tutelar e protetivista, o CDC, em seu artigo 6º, VIII, estabelece como direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Tal benefício constitui numa das espécies do gênero “facilitação da defesa de direitos” que a legislação de forma protetiva objetivou remeter ao consumidor.

Partamos para uma análise dos requisitos exigidos para a inversão do ônus da prova. Heitor Vitor Mendonça Sica (2007) afirma que “a hipossuficiência do consumidor a que alude o seu art. 6º, VIII, não é econômica”. A hipossuficiência a que se refere o artigo, segundo o mesmo autor, é “técnica, ligada à posse de conhecimento e informação”.

Quanto ao requisito da verossimilhança, Heitor Vitor Mendonça Sica (2012) reputa “impossível o conceito jurídico-processual [...] sem entender o que são as ‘regras’ ou ‘máximas de experiência’”. De acordo com o autor citado, a função dessas regras ou máximas de experiência seria a de “preencher as lacunas fáticas sobre as quais recai a cognição judicial, suprindo elementos que a instrução processual não tenha fornecido”.

Arruda Alvim (2012, p. 977) analisa a questão do não automatismo da inversão em virtude da presença dos requisitos anteriormente enumerados: “conquanto a inversão do ônus probatório tenha previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor (art. 6.o, VIII), não se pode entendê-la como automática”. Segundo o autor referenciado, isso se dá pelo fato de que a inversão se dá a depender da verificação dos requisitos ali previstos: hipossuficiência do consumidor e verossimilhança das alegações. Do contrário, segundo Arruda Alvim (2012) “aplicam-se as normas gerais do Código de Processo Civil”.

A inversão autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor somente será automática quando se tratar da hipótese prevista no art. 38, que dispõe: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Nesse caso, como exposto por Arruda Alvim (2012, p. 977), “ao réu-patrocinador, que em regra será o

fornecedor, e a quem *sempre* cabera provar que a publicidade foi coincidente com o produto, ou seja, retratou ela fielmente os atributos, de que o produto e, efetivamente, portador”. A existência de norma específica a estabelecer esse ônus da prova em que basta se configurar a hipótese de invocação de publicidade enganosa para se operar a inversão, quanto à veracidade da informação, reforça, segundo Arruda Alvim (2012) “o argumento de que, ao revés do que se possa crer, a *genuína* inversão prevista no inc. VIII do art. 6.º do CPC não é automática para todas as relações de consumo.

Superada a questão do automatismo ou não da inversão, outra discussão que recorrentemente surge sobre os requisitos para a inversão do ônus probatório, no âmbito do CDC, é sobre a alternatividade ou cumulatividade dos mesmos, hipossuficiência e da verossimilhança. Heitor Vitor Mendonça Sica (2012), a despeito de apresentar ideias de autores que pugnam pela tese da cumulatividade, afirma que “interpretando-se a literalidade do texto de lei, a primeira solução (alternatividade) seria largamente preferível, eis que a conjunção empregada é alternativa (“ou”)”. O autor reconhece a insuficiência de se filiar à tese da alternatividade baseado somente na literalidade e articula diversas situações hipotéticas em que demonstra a independência entre os requisitos, posto que há diversas situações em que embora inverossímil a alegação feita, o consumidor pode fazer jus à inversão pelo seu caráter hipossuficiente, baseando sua opção pela tese da alternatividade no sem número de situações práticas em que se demonstrou estar diante de uma alegação que só contenha um dos requisitos (ou verossimilhança ou hipossuficiência) e seja merecedora de tutela, independente da outra.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 11) se manifesta de maneira divergente acerca do mesmo tema:

Não é outra a razão pela qual a doutrina e a jurisprudência dominantes, ao interpretarem o art. 6.º, VIII, do CDC, que autoriza a inversão ope judicis do ônus da prova em ações nas quais sejam partes consumidores de produtos ou serviços, exige, não obstante a redação do preceito legal, a presença de ambos os requisitos mencionados pelo legislador: a verossimilhança da alegação cuja prova será dispensada e a hipossuficiência do consumidor.

Emenda Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 12), ainda sobre o mesmo tema:

A dificuldade de produção da prova somente autorizaria a distribuição dinâmica do ônus probatório se a alegação for verossímil” hipótese em que, confirmada a dificuldade de sua produção por ocasião do julgamento, ante a inexistência de elementos que possam conferir certeza ao juiz (se a prova “aparecer”, pouco importa se havia ou não dificuldade e se a alegação era ou deixava de ser verossímil no começo do processo), apesar da iniciativa da

parte (ou mesmo do juiz), justifica-se em caráter excepcional a redução do grau de convencimento exigido para o julgamento do mérito, contentando-se o julgador com a mera probabilidade da existência do direito (julgamento fundado em *rova prima fade* ou redução do standard probatório)

Sendo assim, a depender da posição adotada, pode-se encarar os requisitos inculpidos no inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, como cumulativos ou alternativos, tendo visado o presente tópico apenas colocar luz sobre a discussão doutrinária acerca do tema.

5 UMA NOVA REGULAÇÃO CAPAZ DE SUPERAR ANTIGOS DESAFIOS?

5.1 O desafio da suposta incompatibilidade entre a teoria dinâmica e o sistema processual brasileiro

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova se tornou, por via da jurisprudência e da nova regulação dada pelo Código de Processo Civil de 2015, uma realidade presente no direito brasileiro. Entretanto, a despeito de sua sistematização, será a teoria compatível com o modelo brasileiro de distribuição dos encargos probatórios?

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 15) demonstra verdadeira desconfiança sobre a efetividade da teoria das cargas dinâmicas probatórias em solo brasileiro: “primeiramente, impende ressaltar que a real utilidade do instituto é bem menor do que a que tem sido apregoada por seus arautos em território nacional”.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 8) expõe um de seus principais pontos de desconformidade com a utilização da teoria das cargas dinâmicas probatórias, revertidas nas regras de inversão do ônus probatório:

A dificuldade, caso se reflita um pouco sobre o tema, não reside, em verdade, em convencer o juiz a respeito da veracidade da alegação (i.e., se o fato alegado ocorreu ou não), pois esta é frequentemente, para não dizer sempre, ineliminável, ainda que a parte tenha trazido aos autos todas as provas que reputou necessárias à demonstração do seu direito. Entender o contrário redundaria em assimilar o direito de provar ao direito de obter uma decisão favorável, solução que à toda vista merece ser descartada.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012) afirma que “a parte tem o direito de tentar provar suas alegações, mas não há, evidentemente, como saber se a prova, uma vez produzida, adquirida pelo processo, resultará em uma decisão favorável ou não”, visto que entre o pleito e o provimento há a valoração das provas por parte do magistrado.

Uma das consequências nefastas da utilização da teoria, segundo Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012), é a de que a alteração casuística do ônus da prova poderia redundar num desvirtuamento, consistente na dispensa da prova do fato alegado pela parte, para fins de acolhimento da sua pretensão (de acolhimento ou rejeição da demanda), o que na visão do autor seria uma providência muito mais drástica do que a exigida para a resolução do problema, da superação ou eliminação das dificuldades à produção da prova no processo.

Entende o autor que, sob o argumento de suprimir uma dificuldade “concede-se um benefício, benefício este, porém, que coloca uma das partes em posição melhor do que a que ela teria se a dificuldade não existisse”.

Vale ressaltar que o regramento geral do Código acerca da matéria não determina em momento algum que alguma parte deva provar determinada coisa, “de tal modo que se possa, com base na ideia de redistribuição, atribuir a incumbência de um dos litigantes ao outro” (YOSHIKAWA, 2012, p. 10).

Para Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012), “a maior ou menor dificuldade de produção da prova, por si só, jamais poderia ser utilizada como fundamento para a alteração do ônus da prova estabelecido em lei”, pois, na visão do autor, haveria um aviltamento ao princípio constitucional da isonomia “que exige da parte prova de suas alegações precisamente porque, à míngua de prova, não lhe seria lícito dar mais valor à palavra do autor do que à do réu, sejam eles quem forem”.

O Código de Defesa do Consumidor somente autoriza a inversão *ope judicis* do ônus probatório quando baseado nas premissas da verossimilhança e hipossuficiência técnica, conforme demonstrado no capítulo anterior, o que autoriza Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 11) a fazer a seguinte associação:

Ora, permitir a alteração do ônus da prova (e tanto a inversão quanto a distribuição dinâmica nada mais são do que alterações *ope judicis* de uma regra geral previamente estabelecida em lei) com fundamento apenas na dificuldade da prova, sem que se exija igualmente a verossimilhança da alegação (no sentido de probabilidade da sua veracidade) que deveria ser provada para o acolhimento do pedido ou da contestação, tem a nosso ver, inconvenientes similares aos apontados pela doutrina para afastar a inversão do ônus da prova apenas com base na hipossuficiência do consumidor.

Entende Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012) pela inadmissibilidade de, por exemplo, julgamento procedente de “um pedido fundado em alegação inverossímil, apenas porque o réu, após a redistribuição do ônus probatório, não conseguiu convencer o juiz da falta de veracidade da sua afirmação”. Emenda o autor que “na falta de certeza, não pode o julgador prestigiar o inverossímil em detrimento do verossímil, acreditar no improvável no lugar do provável”.

Logo, “a dificuldade de produção da prova somente autorizaria a distribuição dinâmica do ônus probatório se a alegação for verossímil” (YOSHIKAWA, 2012, p. 12), nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, o que não está entre as exigências do § 1º do artigo 373, do Código de Processo Civil, que apenas traz que o magistrado pode atribuir o ônus da prova de modo diverso, em decisão fundamentada “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”.

Sendo assim, para Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012), a redistribuição do ônus da prova e o seu intuito democrático será absolutamente inócuo e incompatível com as premissas do sistema processual brasileiro caso não se tenha um filtro de se exigir, no mínimo, algo como a verossimilhança das alegações para que se inverta o ônus probatório *ope judicis*. Caso não se crie nada nesse sentido, o regramento do Novo Código de Processo Civil estaria exposto a diversas possibilidades de mal uso por parte de litigantes que apenas desejem se beneficiar de sua posição processual.

A crítica do autor perde sentido quando se percebe que, invertido ou não, o ônus da prova sempre servirá para situações em que se está defronte à insuficiência de provas. A adoção dessa teoria de fato pode gerar o desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova, visto que coloca nas mãos do juiz o poder de fazer tal escolha à luz de critérios abertos e dinâmicos, mas, apesar disso e de reconhecer como válidos os apontamentos de Yoshikawa, parece-nos ser tal teoria a que melhor serve para o desenvolvimento de um processo efetivamente preocupado com os direitos fundamentais aplicados ao processo civil, sobretudo, segundo Fredie Didier Júnior (2012, p. 98/99) com os princípios da igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça.

4.2 O desafio de evitar a *probatio diabólica*

Danilo Knijinik (2006) afirma que o ônus dinâmico não poderia ser aplicado somente para compensar a inércia processual do litigante inicialmente onerado, mas sim para “evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma”.

Na visão do autor anteriormente referenciado, a dinamização não poderia se consagrar como uma *probatio diabólica* reversa. Danilo Knijinik (2012) afirma que o “ônus dinâmico não fica autorizado pela só gravidade dos danos reclamados, tampouco implica o estabelecimento de presunções de circunstâncias ou fatos”. A meta do instituto é apenas a redistribuição fundamentada e racional, de acordo com a posição dos litigantes na relação de direito material.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 13) também enumera dentre as suas sugestões para a “correta” utilização do instituto da inversão do ônus *probandi* evitar a *probatio diabolica* reversa:

Afastar expressamente a possibilidade de distribuição dinâmica do encargo probatório se a contraprova for ou se tornar no curso do processo impossível também para a parte contrária (= prova bilateralmente diabólica), proibição que também deve ser aplicada às situações que envolvam a inversão do ônus da prova em favor do consumidor ou a aplicação de presunções *juris tantum*, pois em todas essas situações o escopo da lei é facilitar a defesa de uma das partes, não inviabilizar a defesa do adversário.

Sendo assim, sustenta-se que a impossibilidade, mesmo absoluta, que tiver o autor de justificar os fatos negativos que servem de fundamento da ação, não pode ser motivo de isentá-lo do ônus da prova para impô-lo ao réu, sob o risco de se incorrer justamente numa situação claríssima de imposição de uma *probatio diabolica*.

Sensível ao apelo doutrinário nesse sentido, o novel Código de Processo Civil trouxe dispositivo que claramente tenta mitigar a possibilidade de constituição de prova diabólica, no âmbito do processo cível. É o § 2º, do artigo 373, que será destacado a seguir:

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 (grifo nosso).

§ 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.

Sendo assim, o desafio de se evitar a *probatio diabolica* ganhou no § 2º do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil um grande aliado, posto que, por determinação expressa na lei, a decisão de inversão *ope judicis* não pode gerar um cenário perverso em que a seja o

onerado sacrificado em suas posições pela impossibilidade ou extrema dificuldade de produzir provas, enquanto a contraparte se beneficia da situação meramente calcado em sua posição processual inicial. Isso se torna mais importante pois, como demonstrado no tópico anterior, não se exige, na inversão do § 1º do artigo 373, do Código de Processo Civil, nenhum tipo de verossimilhança das alegações autorais para se proceder a inversão.

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, que trata da inversão do ônus *probandi* sobretudo no seu artigo 6º, VIII (que, como demonstrado, engloba o outro artigo sobre o mesmo tema – o artigo 38), apesar do filtro mais exigente da verossimilhança ou hipossuficiência, situações que ensejam a *probatio diabolica* podem se dar no âmbito das demandas consumeristas sem que haja um controle legal, como o que visa aquele expresso no § 2º do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil.

Sendo assim, o sistema do Código de Defesa do Consumidor deve ser adequado à nova determinação do regramento maior processual, visando a completar o sentido do referido inciso VIII, do artigo 6º, que diz ser direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”, deixando claro que não se pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, evitando a constituição de uma *probatio diabolica*. Mesmo se não houver uma emenda legislativa clara, a jurisprudência deveria seguir tal sentido, visando a mitigar as situações de injustiça muitas vezes criadas.

5.3 O desafio de evitar a inversão genérica do *onus probandi*

Danilo Knijjnik (2006) afirma que o ônus dinâmico não extrai validade apenas da gravidade dos danos objetos de reclamação, nem “implica o estabelecimento de presunções de circunstâncias ou fatos”. Para o autor, o que se objetiva com o acolhimento do ônus dinâmico é “sua redistribuição fundamentada e racional, segundo a posição dos litigantes na relação de direito material e no episódio fático”.

Quanto aos deveres de fundamentação e de especificação do objeto da inversão do *onus probandi*, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011) afirma que “é imperioso que o juiz especifique o fato (ou fatos) a respeito do qual se opera a modificação do ônus, mediante decisão efetivamente fundamentada”, o que evitaria a profusão de decisões genéricas quanto à matéria tratada no presente. Embora a sistemática do Código de Processo Civil permita

fundamentação concisa para algumas hipóteses, no caso em exame observa-se situação notória de decisão interlocutória, o que impõe motivação mais elaborada, não sendo suficiente, em tese, tal concisão. Reafirma Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011) que “diante dessa hipótese, o julgador terá de enfrentar ‘as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado’, declinando as razões que o convenceram a determinar a inversão do ônus subjetivo da prova”.

A 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) também se filia à tese, ao menos inicialmente, de que a inversão deve ser especificada. No bojo do julgamento do Agravo de Instrumento de nº 1.0024.09.634318-1/001, sob a relatoria do Desembargador Fábio Maia Viani, assentou o referido órgão colegiado entendimento no seguinte sentido, consolidado no fragmento de ementa abaixo transcrito:

A inversão do ônus da prova não pode ser deferida genericamente, cabendo à parte demonstrar aquilo que não tem condições de provar e ao magistrado delimitar os pontos controvertidos e, invertendo ou não o ônus da prova, determinar o que deve ser provado e por quem.

(TJMG, AI nº 1.0024.09.634318-1/001, 18ª Câmara Cível. Desembargador Fábio Maia Viani, *DJe* set. 2016).

No mesmo esteio, no corrente ano, já sob o pálio do Novo Código de Processo Civil, a 15ª Câmara Cível do TJMG exarou o Agravo de Instrumento de nº 1.0056.12.014876-4/001, sob a relatoria do Desembargador Tiago Pinto, que, baseado no entendimento supracitado, reafirma:

Para o deferimento de inversão do ônus da prova, deve haver a indicação do objeto da prova, bem assim das razões da inversão, não fazendo operar o instituto de proteção específica a invocação da relação de consumo, por si só.

(TJMG, AI nº 1.0056.12.014876-4/001, 15ª Câmara Cível. Desembargador Tiago Pinto, *DJe* set. 2016).

Sendo assim, depreende-se que o sistema deveria exigir do magistrado que inverte o *onus probandi*, em sede de decisões interlocutórias, ou mesmo o desembargador, que realiza a inversão em sede de agravo, especifique o objeto da inversão, a fim de se evitar a danosa inversão genérica, que causa uma situação de incerteza às partes no contexto do processo. No entanto, através de uma análise de diversos agravos de instrumentos emanados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, órgão este que, como demonstrado afirma que “a inversão do ônus da prova não pode ser deferida genericamente”, chega-se à conclusão que nem mesmo em segundo grau se respeita tal diretriz.

O “nem mesmo em segundo grau” foi empregado de forma proposital, pois se o dever de especificar os fatos que se pretende provar no contexto de inversão é desrespeitado pelos desembargadores, não é diferente no contexto dos juízes de primeiro grau, que muitas vezes se limitam ao lacônico “inverto o ônus da prova, como requerido” ou mesmo carimbam no processo algo como “deferida a inversão do ônus da prova”, sobretudo quando trata com as repetitivas causas de direito do consumidor.

5.3.1 Metodologia

Para comprovar a afirmação de que mesmo o TJMG desrespeita a decisão de que a inversão não deve ser genérica, analisamos 53 acórdãos de agravos de instrumento acerca do tema, todos emanados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que foram devidamente publicados no Diário Judicial Eletrônico, tendo sido usadas as expressões de busca “agravo instrumento inversão ônus prova”. A escolha das citadas expressões se deu pelo fato de que se tratam de expressões amplas e comumente utilizadas, o que abarcaria o maior número possível de decisões. Não foi encontrada nenhuma decisão monocrática referente a tais expressões de busca.

Estabeleceu-se um lapso temporal dentre as publicações do Diário Judicial Eletrônico, para que se restringisse quais decisões seriam analisadas. Tal lapso se dá no período que compreende os agravos publicados eletronicamente entre os meses de agosto e setembro de 2016.

As decisões nas quais que se indeferiu a inversão do ônus da prova, em sede de agravo de instrumento, foram excluídas, o que totalizou 39 decisões. Isolou-se para análise aquelas em que a inversão do ônus foi deferida, o que totalizou 14 decisões (de 53 inicialmente analisadas).

Foi feita uma tabela com os acórdãos em que o órgão colegiado especificou em relação a quais fatos deveria ser invertido o ônus da prova e aqueles em que não especificou, ou seja, não seguiu sua própria diretriz, conforme demonstrado pela colação de jurisprudência da referida corte.

A pesquisa foi baseada no método dedutivo, pois extraiu seus resultados da análise das decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo tal pesquisa também de caráter quantitativo e qualitativo.

5.3.2 Resultados da pesquisa

A pesquisa realizada nos moldes expostos acima trouxe os resultados que se depreende da tabela abaixo:

TABELA 1- Decisões que especificam ou não os fatos a serem provados

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº/ANO	INVERSÃO EM SEDE DE AGRAVO	ESPECIFICAÇÃO DOS FATOS A SEREM PROVADOS
10342130103068003/2016	SIM	SIM
10079150312837001/2016	SIM	SIM
10056120148764001/2016	SIM	SIM
10024075294736002/2016	SIM	NÃO
10342130180256003/2016	SIM	SIM
10342140000452002/2016	SIM	SIM
10105140291235001/2016	SIM	NÃO
10105140291235001/2016	SIM	NÃO
10209080861864001/2016	SIM	NÃO
10049150009667001/2016	SIM	SIM
10000160356366001/2016	SIM	SIM
10290140031805003/2016	SIM	SIM
10015160005342001/2016	SIM	SIM
10024132404518003/2016	SIM	SIM

Sendo assim, a partir da análise da tabela apresentada acima, observa-se que dos 14 agravos de instrumento que inverteram o ônus da prova em sede recursal, quatro ou 28,5% (aproximadamente), não especificaram quais sobre quais fatos deveria incidir a inversão do ônus da prova, ou seja, inverteram genericamente, o que vai de encontro com a jurisprudência consolidada do próprio órgão julgador, qual seja o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

O que se pode depreender da situação apresentada é que o dever de indicação do objeto da prova é suprimido com constância por magistrados, desembargadores, desafio que deve ser superado para que o instituto da inversão do ônus da prova seja corretamente aplicado.

Um exemplo de decisão que tomou a atitude correta de especificar o motivo da inversão em sede de agravo é a do AI nº 10049150009667001/2016, de relatoria do Desembargador Veiga de Oliveira (citada na tabela acima), da 10ª Câmara Cível. Na decisão de segundo grau que será exposta no trecho abaixo, o referido magistrado especificou o objeto da inversão:

A inversão do ônus da prova será concedida pelo Magistrado sempre que presentes os requisitos legais. Tendo sido realizado um negócio jurídico entre as partes, deverá o Agravado comprová-lo por meio da exibição dos documentos gerados na ocasião da efetivação do contrato objeto da cobrança discutida nos autos. Não há como exigir do Agravante provar uma dívida que alega desconhecer, a denominada prova diabólica. O único capaz de fazê-lo é a parte que lhe imputa o débito. Cabe ao Agravado, portanto, comprovar os negócios jurídicos por ele realizados com o Agravante, sendo seu o ônus de apresentar a prova do débito que lhe imputa, sob pena de não se desincumbir do ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Agravante, nos termos do que prevê o artigo 333, do Código de Processo Civil aplicável. Logo, constatada a plausibilidade do direito a demonstrar a verossimilhança das alegações e o dano a ser evitado, impõe-se deferir o pedido antecipatório requerido.

(TJMG, AI nº 10049150009667001/2016, 10ª Câmara Cível. Desembargador Veiga de Oliveira, *DJe* set. 2016).

Sendo assim, no referido *decisum*, a orientação do próprio Tribunal de indicar o objeto da prova, bem assim das razões da inversão foi cumprida. Em lado oposto, a decisão tomada no âmbito do mesmo Tribunal, de nº 10024075294736002/2016, sob a relatoria do Desembargador Antônio Bispo, da 15ª Câmara Cível, inverteu o ônus da prova no âmbito do agravo de instrumento e não especificou para que fim se prestaria. Segue trecho do acórdão abaixo:

Neste sentido, se tratando de relação de consumo deve-se primar pela facilitação da defesa do consumidor, sendo certa que a inversão do ônus da prova permite ao consumidor que lhe seja dada possibilidade de participar no processo de forma mais equilibrada, de forma a possibilitar uma igualdade material no âmbito processual. Diante da verossimilhança das alegações dos Agravantes, bem como sua hipossuficiência em relação ao banco Agravado, entendo que deve ser deferida a inversão do ônus probandi, nos termos do que dispõe o art. 6º, VIII do CDC. Consigno que a inversão do ônus da prova deve ser encarada como direito do consumidor. E assim sendo, presentes os requisitos autorizadores, tal direito deve ser deferido.

(TJMG, AI nº 10024075294736002/2016, 15ª Câmara Cível. Desembargador Antônio Bispo, *DJe* set. 2016).

Do mesmo modo feito no acórdão acima, o de nº 10105140291235001/2016, de relatoria do Desembargador Cabral da Silva, da 10ª Câmara Cível, limita-se a analisar os requisitos inscritos no Código de Defesa do Consumidor e inverte o ônus probatório de maneira genérica (referindo

apenas a um “deferimento de pleito de inversão de ônus da prova”), como exposto no trecho do voto colacionado abaixo:

Desse modo, a inversão do ônus probatório em favor do consumidor apresenta como requisitos sua hipossuficiência técnica, assim como, a verossimilhança de suas alegações. In casu, a hipossuficiência técnica da parte agravante, que visa a demonstração da inexistência de contratação do empréstimo que gerou os descontos em seu benefício previdenciário face a instituição bancária é patente, estando a segunda em posse, não só do primeiro contrato acostado (nº 48290621), mas da documentação relativa a alegada reaverbação daquele que teria gerado os descontos atuais relativos ao contrato nº 51715460. Além da natureza negativa da prova que se exigiria da parte autora, qual seja, não contratação. No que tange a verossimilhança das alegações esta também se encontra presente, posto que juntado pela parte agravada apenas o primeiro instrumento contratual, que foi, inclusive, impugnado pela parte, incidindo na espécie o art.429, II, CPC/2015, sem nenhum documento ou comprovante da origem do contrato nº 51715460, no qual se fundam os descontos atuais. Desse modo, merece deferimento o pleito de inversão do ônus probatório formulado pela parte.

DISPOSITIVO

Com tais considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para reformar a decisão agravada, deferindo os pleitos de inversão do ônus da prova e concessão de tutela provisória para que o agravado mande cessar os descontos efetuados no benefício previdenciário do agravante no valor de 57,91 referentes ao contrato de nº 51715460.

(TJMG, AI nº 10105140291235001/2016, 10ª Câmara Cível. Desembargador Cabral da Silva, DJe set.2016).

Pela fundamentação do acórdão, é possível extrair a conclusão de que a intenção do Tribunal era inverter o ônus da prova no tocante à comprovação de contratação de mútuo junto à instituição bancária. Porém, a parte dispositiva da decisão não especifica claramente que a inversão abrange tão somente esse fato.

Logo, vê-se que inverter genericamente o ônus da prova continua sendo uma praxe no âmbito do judiciário brasileiro. Em primeiro grau, a situação ainda tem contornos mais graves, já que a ausência de especificação do objeto da inversão do *onus probandi* pode guiar o processo para uma solução injusta, tendo em vista que a contraparte que recebeu um encargo probatório mal definido pode ter enormes dificuldades para realizar o que lhe foi incumbido, ficando em um situação de não saber se tem de provar “tudo” ou apenas alguns dos fatos. Tudo isso poderia ser resolvido pelo simples comando por parte do magistrado de quais fatos seriam objeto de inversão do ônus da prova.

6 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, que se dignou a discorrer acerca do ônus da prova e das diversas teorias acerca de tal instituto, buscou-se entender os impactos da nova regulação acerca do ônus da prova insculpido no Código de Processo Civil, que acatou a “teoria dinâmica do ônus da prova”, que já era invocada na jurisprudência em razão de sua ampla aceitação doutrinária, seria apta a resolver os diversos problemas, encarados no trabalho como desafios que conseqüentemente são postos, ao longo dos tempos, pela inversão do ônus *probandi* no contexto do judiciário brasileiro.

O trabalho realizou análise do histórico do instituto do “ônus da prova”, demonstrou a diferenciação entre os conceitos de ônus e obrigação e apresentação das teorias acerca do ônus da afirmação e do ônus da prova. Enfrentou-se a questão da atuação do juiz frente a valoração das provas, perpassando pelo tema do ativismo judicial, sob o prisma dos poderes de instrução probatória do magistrado, tendo demonstrado o trabalho que um juiz pode até mesmo ser “ativista”, desde que balizado pelos deveres de cooperação. Ou seja, não pode ser o magistrado uma espécie de advogado de alguma das partes, mas tem o dever de dirimir, através de sua atividade instrutória, eventuais óbices a uma decisão o mais justa possível.

Apresentou-se a teoria das cargas dinâmicas probatórias e comprovou-se sua adoção pelo Novo Código de Processo Civil, perpassando pela experiência do Código de Defesa do Consumidor.

A partir dessa construção feita ao longo dos três primeiros capítulos da presente monografia, enfrentou-se três desafios que agora deverão ser enfrentados à luz da nova regulação, posto que preexistentes a ela, pelos aplicadores do direito (academia e Poder Judiciário).

Demonstrou-se, no trabalho, que os velhos problemas ainda podem existir, como a prolação de sentenças genéricas, certas incompatibilidades sistêmicas ou mesmo a formação de *probatio diabolica*, esta última um pouco mitigada por regulação específica acerca do tema. É, no entanto, de importância contumaz ressaltar-se que a recepção clara por parte do Código de Processo Civil da teoria das cargas dinâmicas probatórias, embora possa ter aspectos problemáticos, como os demonstrados, coincide com uma evolução nítida da jurisprudência e da doutrina acerca do tema.

Sendo assim, nota-se que há espaço, dentro das balizas do processo democrático, para correção de eventuais distorções e a melhoria do sistema quanto à inversão do ônus probatório.

REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**, 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUZUID, Alfredo. **Do Ônus da Prova**. São Paulo: Estudos de Direito, 1972.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito procesual civil**, vol. 2, 7º ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do prof. Leonardo Greco. Rio de Janeiro: 2015.

GIULIANI, Alessandro. **Prova (filosofia)**. In: Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1988.

GUEDES, Clarissa Diniz. **Persuasão racional e limitações probatórias: enfoques comparativos entre os processos civil e penal**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do prof. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: 2013.

KNIJINIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de sensocomum” como instrumentos para assegurar o acesso à Justiça e superar a probatio diabolica**. In: Fux, Luiz; Nery Jr., Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. **O ônus da prova**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil**. Revista de Processo, vol. 204. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil**. Revista dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Forense, 1974.

MORAES, José Rubens de. **Sociedade e verdade – evolução histórica da prova**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do prof. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: 2008.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da prova e o projeto de código de proceso civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEYRANO, Jorge W. **Cargas probatórias dinâmicas**. Buenos Aires: Ateneo, 2004.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)**. Revista de Processo, vol. 146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC Brasileiro** . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.