

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JUSCELINO GAZOLA JUNIOR

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

**SÃO PAULO
2019**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JUSCELINO GAZOLA JUNIOR

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

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em DIREITO PROCESSUAL CIVIL, sob a orientação do Prof. Luciano Telles.

**SÃO PAULO
2019**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

JUSCELINO GAZOLA JUNIOR

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

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em DIREITO PROCESSUAL CIVIL, sob a orientação do Prof. Luciano Telles.

Banca Examinadora:

___ / ___ / ___

Dedico esse trabalho aos meus pais Juscelino e Maria do Carmo e também às minhas irmãs Vanessa e Andrezza, que sempre me deram força, coragem e apoio para seguir em busca dos meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família por todo apoio dado na minha vida acadêmica, aos meus amigos pelos favores prestados e conhecimentos compartilhados e ao meu orientador Luciano Telles por toda atenção prestada durante este curso de especialização.

*“A força do direito deve superar o direito
da força.”
Rui Barbosa.*

RESUMO

O presente trabalho abordará os principais pontos acerca das inovações de provas trazidas no novo Código de Processo Civil, bem como a dinamização na distribuição do ônus da prova. A nova lei trouxe mudanças que geraram grande repercussão em nosso mundo jurídico, alterando e atualizando dispositivos no Código de Processo Civil, mormente à produção de provas digitais. Com este trabalho analisaremos as novas formas de provas do processo civil e sua aplicação, bem como sua distribuição dinâmica, visando a busca da efetividade, coerência e justiça na produção de provas.

Palavras-chave: Processo Civil. Provas. Dinamização do Ônus da Prova. Sistema. Prova Digital.

ABSTRACT

The present work will address the main points about the innovations of evidence brought in the new Code of Civil Procedure, as well as the dynamism in the distribution of the burden of proof. The new law brought changes that generated great repercussion in our legal world, altering and updating devices in the Code of Civil Procedure, mainly to the production of digital proofs. With this work we will analyze the new forms of evidence of the civil process and its application, as well as its dynamic distribution, aiming at the search for effectiveness, coherence and justice in the production of evidence.

Keywords: Civil Procedure. Evidences. Dynamization of the Burden of Proof. System. Digital Proof.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A PROVA NO PROCESSO CIVIL.....	13
2.1	Evolução histórica.....	13
2.2	Princípios norteadores.....	15
2.2.1	<i>Princípio da Igualdade</i>	<i>17</i>
2.2.2	<i>Princípio da Ampla Defesa e Contraditório</i>	<i>18</i>
2.2.3	<i>Princípio da Licitude das Provas</i>	<i>21</i>
2.2.4	<i>Princípio Inquisitivo</i>	<i>22</i>
2.2.5	<i>Princípio Dispositivo</i>	<i>24</i>
2.3	Conceito de Prova	26
2.4	Espécie de Provas	22
3	O ÔNUS DA PROVA.....	30
3.1	A teoria clássica do ônus da prova.....	31
4	A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	33
4.1	<i>A importância da teoria de dinamização do ônus da prova</i>	<i>35</i>
4.2	<i>Críticas a teoria de dinamização do ônus da prova</i>	<i>37</i>
4.3	<i>O código de processo civil de 2015 e a positivação da dinamização do ônus probatório</i>	<i>39</i>
4.4	<i>Hipóteses de aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova.....</i>	<i>43</i>
4.5	<i>O momento processual da dinamização.....</i>	<i>47</i>
4.6	<i>Os limites para aplicação.....</i>	<i>51</i>
5	CONCLUSÃO.....	56
	REFERÊNCIAS	59

OBJETIVOS

O objetivo primordial do presente trabalho é o estudo da sistêmica de provas no Código de Processo Civil, haja vista as mudanças trazidas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, como um todo e a sua forma de aplicação, verificando as causas e consequências de sua aplicação e abordando os avanços e as inovações trazidas pela Lei, revelando os seus aspectos positivos e negativos, além de conhecer e explorar os mecanismos de proteção às partes do processo, de forma que garanta a máxima efetividade das provas e justiça.

JUSTIFICATIVA

Em sentido amplo, a justificativa do presente trabalho é demonstrar quando deve ser aplicada a teoria da dinamização das provas e quando mais se adéqua aos casos concretos.

Por ser um assunto extremamente atual, busca-se com o presente trabalho aprofundar-se na Lei e questionar alguns pontos de aplicação das provas, uma vez que nem sempre são observados o dispositivo de Lei.

PROBLEMA

O presente trabalho, procura-se responder a alguns questionamentos, tais como: Quais as vantagens da dinamização das provas? Como identificar a hipossuficiência das partes em produzi-la?

INTRODUÇÃO

Como todos devemos saber, a finalidade primordial do direito processual civil é a proteção aos bens jurídicos tutelados, concernentes as formas e procedimentos processuais que devem ser regidos para que haja uma máxima efetivação da prestação Jurisdicional do Estado, sempre na busca de uma decisão justa as partes conflitantes.

Recentemente, o Código de Processo Civil sofreu importantes alterações, com o decreto da Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Tais alterações se deram em virtude da tentativa do sistema processual brasileiro em acompanhar as mudanças e evoluções da sociedade nos mais diversos tipos de conflitos jurídicos, uma vez que o antigo Código de Processo Civil fora decretado no ano e 1943.

Não obstante a tais fatos, com o avanço das tecnologias surgiram inúmeros problemas de ordem processuais civis, principalmente, pelo fato de que atualmente os processos não tramitam em sua forma física, e sim, eletronicamente.

Com a vigência do antigo Códex e os avanços da sociedade e do mundo tecnológico, foram criadas várias lacunas no direito processual civil, surgindo-se a necessidade de uma nova Lei que regesse o Processo Civil.

Antigamente o processo civil era visto como algo estático. Porém com o passar do tempo foram se observando e constatando sua dinâmica, pois contemplava as mais variadas demandas e situações fáticas.

Desta forma, foi percebendo-se que nem sempre as partes eram tratadas com isonomia, ou seja, que não havia uma igualdade imediata entre os litigantes. Portanto, criou-se a necessidade de igualar a paridade de armas das partes através de doutrinas e jurisprudências.

Na atualidade, não há como raciocinar o deslinde de um processo cível utilizando-se de regras estáticas como balizadora dos litígios.

Com a construção, ou concepção de nova regra a essa realidade através da doutrina e da jurisprudência, deparou-se com a questão de como recepcionar de forma coerente e eficaz uma nova regra que traria medidas mais justas e equânimes as partes e à resolução da demanda.

A par destes fatos é que o legislador se debruçou em estudo de como positivizar novos institutos de adequação do processo. Como dito, tais institutos não eram totalmente desconhecidos pelos Operadores do Direito.

Com o decreto do Novo Código de Processo Civil, positivou-se a efetivação da distribuição dinâmica do ônus da prova, observando-se os princípios da ampla defesa e contraditório, isonomia, paridade de armas, que será amplamente abordado neste trabalho.

2. A PROVA NO PROCESSO CIVIL

O acesso ao Judiciário é uma garantia Constitucional, o qual qualquer pessoa brasileira tem o direito de recorrer ao Judiciário para resolver seus litígios, buscando uma solução justa ao caso apresentado. Através do provimento Jurisdicional do Estado, a pessoa faz uma narrativa dos fatos a qual julgam ser verdadeiras e narra também o direito que deve ser aplicado ao seu caso.

Em contrapartida, o Estado, através de Juiz Togado, determina que a parte contrária seja citada para contestar/opor aos fatos ali narrados.

Com o nascimento e materialização do processo, cria-se a necessidade atribuir a qual parte cabe o Direito perseguido.

Entretanto, nem sempre é possível aferir qual parte assiste razão, analisando-se somente as alegações efetuadas em petição inicial e contestação. Surge-se, então, a necessidade de as partes fazerem prova do direito pleiteado a fim de que seja esclarecido ao Juiz a quem deve ser concedido tal direito.

Neste diapasão, importante demonstrar o conceito do instituto jurídico da prova, tornando-se imprescindível discutir sobre sua evolução histórica e princípios.

2.1 Evolução Histórica

Ao estudarmos a história da prova, é possível concluir que a mesma se construiu em paralelo à história da humanidade como um todo. Sustenta Márcio Túlio Viana (2009, p. 1159) *“muito antes de haver um processo, os homens já julgavam os seus semelhantes.”*. Desde os primórdios da humanidade havia a necessidade de indicar e encontrar culpados, seja de um crime, seja uma desavença.

Naquela época, os homens faziam julgamentos com amparo em manifestações divinas. João Batista Lopes (2002, p. 19):

“Os povos primitivos, como é curial, não conheceram critérios técnicos e racionais para a demonstração dos fatos e apuração da verdade, que se faziam por métodos rudimentares e empíricos, inteiramente estranhos ao conceito de prova judiciária [...] a prova dos fatos era, então, fortemente influenciada pela religião, isto é, invocava-se a proteção divina na busca da verdade. Entre os métodos utilizados incluíam-se as ordálias, o juramento e o duelo.”

Nesta época, a simples palavra dita tinha valoração de “peso de ouro”. Ou seja, conflitos eram solucionados com a simples lembrança de uma promessa feita verbalmente.

Com a evolução histórica, e surgimento das sociedades, criou-se a necessidade de impor regras de conduta, direitos e deveres, sendo que os julgamentos realizados a época tinham como embasamento as manifestações divinas. Um exemplo é o Código de Hamurabi, a qual se refere Viana (2009, p. 1159):

“Se um awilum lançou contra um (outro) awilum (uma acusação de) feitiçaria, mas não pode comprovar: aquele contra quem foi lançada (a acusação de) feitiçaria irá ao rio e mergulhará no rio. Se o rio o dominar, seu acusador tomará para si sua casa. Se o rio purificar aquele awilum e ele sair ileso: aquele que lançou sobre ele (a acusação de) feitiçaria será morto e o que mergulhou no rio tomará para si a casa de seu acusador.”

Ou então, criando-se leis, como a Lei do Talião, a qual consistia na rigorosa reciprocidade do crime e da pena. Ou seja, no jargão comum “olho por olho, dente por dente”.

Leciona Viana (2009, p. 1160):

“Quando os Estados nacionais vão se fortalecendo, várias demandas passam a interessar ao rei – que não se sujeita, naturalmente, às ordálias. Assim, na França, Luis IX proíbe os duelos. E como as testemunhas já não correm risco de perder as mãos, são obrigadas a depor. Pouco a pouco, elas se destacam das partes para se aproximar do juiz – embora

conservem, ainda e sempre, um pouco do traço antigo. Nasce o sistema do inquérito.”

Com a evolução das sociedades, surgem-se os meios de provas, como testemunhal, documental, pericial, confissão, interrogatório, caindo em desuso os meios indignos e cruéis de prova.

Tais mudanças caracterizaram uma nova era para solução dos conflitos da sociedade, encaminhando para um encontro da liberdade probatória.

Paião Junior (2004, p. 13), define:

“Somente após o surgimento dos direitos e garantias constitucionais que se pode classificar as provas como sendo lícitas e ilícitas. Os referidos direitos e garantias somente foram consolidados nas Constituições de todo o mundo com a Revolução Francesa, que ocorreu na França, no ano de 1789 a 1799, no século XVII, sob o tema de liberdade, igualdade e fraternidade. Somente nessa época, de certa forma limitado o procedimento pelo qual se colhiam as provas.”

Não há dúvidas de que para alcançar a atual liberdade probatória, houveram grandes evoluções históricas na sociedade. Sejam através das evoluções dos costumes e senso de justiça, como também de construções doutrinárias. Balizando-se tais construções em princípios a serem observados dentro de uma lide envolvendo as partes.

2.2 Princípios norteadores do processo

Para que um processo civil funcione, é necessário que obedeça um sistema processual, devendo ser observados suas premissas.

Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 56) sustentam: *“a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais”*.

Paralelamente, Rui Portanova (2003, p. 13) aduz que *“não se faz ciência sem princípios. Costuma-se mesmo definir ciência como conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios.”*. Extraí-se, então, resultante de uma série de princípios balizadores que estão presentes em todos os sistemas processuais, inclusive de provas.

Nos ensina Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 27, grifo do autor), que os princípios são:

“Etimologicamente, o termo princípio traduz a ideia de começo, origem, base. É um termo utilizado amplamente nos mais variados ramos da ciência. Na filosofia, a palavra foi utilizada por PLATÃO, no sentido de fundamento do raciocínio e, por ARISTÓTELES, como a premissa maior de uma demonstração. No mesmo diapasão, KANT considerou que ‘princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo’. Da reunião de princípios forma-se os sistemas.”

A doutrina pacificou os princípios gerais do Direito que podem servir a todos os ramos do direito, e outros específicos a cada área. Lecionam Cintra; Grinover e Dinamarco (2010, p. 57),

“p. ex., vige no sistema processual penal a regra da indisponibilidade, ao passo que na maioria dos ordenamentos processuais civis impera a disponibilidade; a verdade formal prevalece no processo civil, enquanto a verdade real domina o processo penal.”

O que se pode entender do sistema em relação aos princípios, são que os mesmos devem estar expressos e ter como origem a Constituição, uma vez que são eles quem dão a ideia de uma teoria geral do processo.

Na doutrina existem diversas classificações em relação aos princípios e de acordo com Portanova (2003, p. 16, grifo do autor) podem ser assim caracterizados:

“Em primeiro lugar, aparecem os princípios informativos do processo. Ao lado dos já conhecidos princípios lógicos, econômico, político e jurídico, aparecem dois novos que atualizam o processo com sua vocação instrumental e sua

efetividade. Depois, vem os princípios ligados com a jurisdição e com a pessoa do juiz, os quais são informados pelo princípios do juiz natural. Em seguida, o princípio do acesso à justiça, informa o rol de princípios que se ligam a ação e a defesa. Por fim, vem os princípios ligados ao processo e ao procedimento. Nessa parte há subdivisões para contemplar princípios ligados aos atos processuais, às nulidades, às provas, à sentença e aos recursos. Todos esses princípios são informados pelo princípio do devido processo legal.”

Cintra; Grinover e Dinamarco (2010, p.57, grifo do autor) sustentam que:

Surge na doutrina moderna [...] a proposta de classificar os princípios em: a) estruturantes, assim considerados aqueles consistentes nas ideias diretivas básicas do processo, de índole constitucional [...] b) fundamentais, que seriam aqueles mesmos princípios, quando especificados e aplicados pelos estatutos processuais, em suas particularidades; c) instrumentais, os que servem como garantia do atingimento dos princípios fundamentais.

Em meio a diversidade de princípios que balizam o processo civil, é que se poderá analisar aqueles se aplicam ao caso concreto para amparar e fundamentar as questões que envolvam o instituto da prova no processo civil.

2.2.1 O princípio da igualdade

No artigo 5º, caput da Constituição Federal promulgada em 1.988, está positivado o princípio da igualdade, o qual tem por objetivo dar sentido maior, amplo e concreto à efetivação da justiça.

José Afonso da Silva (apud SANTOS S., 2002, p. 30), sustenta que este princípio está posto a alguns destinatários de forma sucessiva, senão vejamos:

“A concepção de que o poder da igualdade perante a lei se dirige primariamente ao legislador acresce a importância da igualdade da justiça ou igualdade jurisdicional. Pois se o princípio se dirigisse apenas ao aplicador da lei, bastava-lhe respeitar o princípio da legalidade e o princípio da igualdade estaria salvo.”

O Código de Processo Civil em seu artigo 139, inc. I, nos dá um exemplo concreto deste posicionamento, o qual determina que o Magistrado deve conferir e assegurar um tratamento igualitário entre as partes.

Entretanto, devemos conferir atenção especial para uma realidade processual, qual seja, de que nem sempre as partes estão equiparadas economicamente. Nas relações processuais atuais, facilmente podem-se constatar a desigualdade entre as partes, afastando o princípio da isonomia.

Nesta toada, ensinam Cintra; Grinover e Dinamarco (2010, p. 60):

A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.

Toda vez que constatado que os conceitos dos conflitos e princípios se colidam, deve-se adotar um princípio em relação ao outro. Cumpre observar, que tal medida não é negar um ao outro, mas sim afastar um princípio para que outro seja melhor aplicado, sempre buscando a efetividade da justiça. Permitir que o juiz tenha a possibilidade de, através de juízo equânime igualar as partes, é *“permitir que litiguem em paridade em armas.”* (CINTRA;GRINOVER;DINAMARCO, 2010, p. 60, grifo do autor).

Sá Santos (2002, p. 35), avaliza o entendimento de Cintra, Grinover e Dinamarco, sustentando que *“o procedimento do tratamento igualitário entre pessoas de classes sociais e econômicas distintas é uma forma de produzir injustiças.”* Desta forma, para que se almeje a igualdade processual, é necessário que se analise de forma criteriosa a situação das partes envolvidas e seu poderio econômico, como passo primeiro em direção à justiça.

2.2.2 O princípio do Contraditório e Ampla Defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa, também está positivado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1.988, e estão embrionariamente ligados entre si, sendo que garantem a toda pessoa física ou jurídica, em posição ativa ou passiva no litígio, um processo balizado por sistemas processuais igualitários e imparciais, onde de nenhum dos litigantes terá seu direito tolhido de defender suas alegações e perspectivas, da forma mais ampla possível.

Este princípio assegura a todo cidadão brasileiro, não só a tutela jurisdicional do Estado para que se posicione em face de questão que atinja seu direito, como também o protagonize a sustentação teórica de suas perspectivas, uma vez que o princípio da ampla tem como base o fato de que *“o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e provar provas”* segundo (Portanova 2005, p. 125).

Humberto Theodoro Júnior (vol. 2013. p. 37) nos ensina, com inquestionável conhecimento jurídico, não deixando qualquer margem para dúvida, o sentido do princípio do Contraditório:

“[...] Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que a audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional.”

No tocante ao princípio da Ampla Defesa, a lição fica por conta de Nelson Nery Junior (2013, ed. 11. p. 260):

“Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com a mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável.”

Portanto, fica evidenciado as partes tem posição de protagonismo no processo, pois comprovarão o direito pleiteado através dos meios de provas

previstos, conduzindo o magistrado para a prolação de sentença com total embasamento nas provas produzidas e qual melhor se aplica ao caso concreto, observando o poder de livre convencimento do Juízo

Nesta linha de raciocínio, Rui Portanova, nos ensinando juntamente com Humberto Theodoro Júnior, verticaliza a materialização do conceito da Ampla Defesa e do Contraditório no caso concreto, sustentando que:

“Um Estado Democrático de Direito exige que o contraditório se revele pleno e efetivo, e não apenas nominal ou formal. Para tanto, não deve haver barreiras e entraves injustificáveis ao trabalho da parte em prol da demonstração do seu possível direito. “Todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro [...]. Somente quando as forças do processo, de busca e revelação da verdade, são efetivamente distribuídas com irrestrita igualdade, é que se pode falar em processo caracterizado pelo contraditório e ampla defesa.”

[...] Exige-se interpretação a mais abrangente possível. Não basta o só direito de defender-se; é indispensável, para que a defesa seja plena, que a parte tenha liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva.”

Desta forma, é possível concluir que ambos os institutos primordiais do Direito em comento possuem o âmago voltado à guarda do interesse das partes, que além de fazer-se ouvi-las, podem valer-se de todos os meios lícitos possíveis para fazer prova dos seus objetivos, sendo esta última a razão mais importante na lide e característica mais importante dos princípios, pois *“sem a garantia da prova, anula-se a garantia dos próprios direitos, já que todo direito resulta de norma e fato. Portanto, sendo a existência ou o modo de ser do fato (origem do direito controvertido) posto em dúvida, não há como se possa fazer valer o direito sem a produção de prova”* nas palavras do Mestre Humberto Theodoro Junior.

Se torna evidenciado que tais institutos são fundamentais, pois além de dar voz às partes que submetem seus interesses à tutela jurisdicional do Estado, garantem não apenas o acesso para os conflitantes mostrem suas aspirações, mas, de maneira objetiva, tomem para si a iniciativa de produzirem as provas que

entendem pertinentes para sustentação de suas alegações e seus interesses almejados.

Portanto, tanto a Ampla Defesa quanto o Contraditório somente serão materializados quando, além de ser possibilitada as partes manifestarem suas perspectivas – tanto na petição inicial quanto na contestação –, serão lhes concedidos a possibilidade de apresentarem e arguirem a produção de todas as provas que norteiam seus interesses, em busca da pretensão a qual objetiva.

2.2.3 Princípio da Licidade das Provas.

No que se refere à legalidade da prova e sua validade ou invalidade no processo, temos que, o Código de Processo Civil determina e autoriza o litigante à fazer prova de seus argumentos. Entretanto, tal determinação de produção de provas, aliada à Constituição Federal, coíbe com veemência qualquer tipo de prova produzida ou obtida por meios ilícitos.

Por tal motivo e evidenciando ainda mais sua importância para a concretização de um Estado Democrático de Direito, tal instituo também está previsto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1.988, o qual assegura que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Nesse compasso, o artigo 369 do Código de Processo civil determina que as partes têm todo o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos em que se fundamenta suas pretensões ou defesa.

Importante enfatizar que a prova produzida por meio ilícito se confrontaria com inúmeras disposições jurídicas expressas que resguardam o direito material. Noutras palavras, haveria uma grave violação dos bens jurídicos tutelados pelo próprio ordenamento jurídico. Já em relação à imoralidade da prova, tem-se que esta seria produzida em confronto com as normas procedimentais da produção da prova.

A ilustre professora Teresa Arruda Alvim (2ª ed. Fls. 710 e 711), nos ensina quanto a prova ilícita:

“A CF repele a prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI). Enquadram-se, aí, as provas colhidas sem observância ao direito à inviolabilidade da intimidade, imagem, domicílio e correspondência, que é assegurado constitucionalmente (art. 5º, X, XI, e XII da CF). Assim, é ilícita a interceptação por terceiro de conversa telefônica, bem como de correspondência alheia, para utilizá-la no processo civil, ou a oitiva de testemunha mediante coação moral.”

Quanto à prova imoral:

“O NCPC exige um comportamento ético das partes. Não se ignora que o processo civil envolve uma disputa, em que o autor e réu são adversários na persecução de seus interesses. Todavia, a disputa deve se desenvolver dentro de um espaço de lealdade e boa-fé, o que, na fase instrutória do processo, impede que a produção das provas ocorra com o intuito de expor fatos que não guardem relação com a causa, ou o modo de a exercitar, unicamente, o espírito de emulação e rivalidade.”

Portanto, não só em respeito aos princípios balizadores do Ordenamento Jurídico Brasileiro, mas como também respeito as todas ideologias que permeiam qualquer Estado Democrático de Direito, fica evidenciado que a parte litigante, além de ser responsável pela produção de sua prova, esta, deve ser produzida dentro dos limites de legais impostos, pois caso sua legalidade ou moralidade seja levantada, a mesma será rechaçada do processo, uma vez que estaria ferindo gravemente a Ordem.

2.2.4 O princípio inquisitivo

Antes de adentrarmos ao conceito do referido princípio, afirma Portanova (2003, p. 205):

“Os sistemas dispositivos e inquisitórios são formas de iniciativa e desenvolvimento do processo que historicamente apresentam características radicalmente antagônicas. O

princípio dispositivo preocupa-se em conceder mais direitos processuais para as partes, o inquisitorial preocupa-se em conceder poderes mais abrangentes ao juiz.”

Os ditos poderes abrangentes, podem ser classificados como ações de ofício do Juiz, o qual não prescinde de manifestação das partes. Um exemplo seria a de que o Juiz pode determinar a produção de uma prova que entenda pertinente para o deslinde da causa, sem que as partes litigantes tenham requerido.

Ovidio A. Baptista da Silva (2005, p.48) *“competete ao juiz o poder de iniciativa probatória, para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento da demanda”*.

É possível notar na doutrina uma certa resistência em aceitar que o sistema processual de provas brasileiro é inquisitivo. Tal resistência se dá em razão de que a aceitação de tal princípio poderiam acarretar entendimentos de que o processo seria contaminado pela imparcialidade do juiz, uma vez que ele poderia determinar ou produção de prova diversa da requerida pelas partes, ou então descartar a prova solicitada, fazendo assim, um pré-julgamento.

Segundo Portanova (2003, p. 206, grifo do autor):

“O sistema brasileiro da prova acolheu o princípio do inquisitivo. Os termos do art. 370 do CPC obriga o jurista a se render a esta evidência: “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” [...] como se não bastasse a direção do dispositivo, acresça-se a imposição e a imperatividade do comando: caberá ao juiz. Para melhor provar que o CPC acolheu o princípio inquisitivo no que diz com o sistema probatório, pode-se alinhar uma série de dispositivos espalhados pelos meios de prova, nos quais novamente se vê a prevalência da atividade investigativa do juiz sobre o interesse da parte [...] é verdade que ao admitir o princípio do ônus da prova e a presunção formal de verdade em caso de revelia e falta de depoimento pessoal, parece ter acolhido o princípio dispositivo. Todavia, tais previsões podem ser consideradas como atenuantes, necessárias aliadas, do sistema inquisicional.”

Podemos afirmar, baseando-se na doutrina, que ao analisarmos o sistema processual de provas brasileiro, existe uma mescla entre os princípios inquisitivo e dispositivo. Entende Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 27) *“modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva.”*

Portanto, a admissão de que no atual sistema processual vigora o princípio inquisitória, com base nas disposições legais, não contraria o princípio da imparcialidade do Juiz.

2.2.5 Princípio dispositivo

É certo que o Poder Judiciário somente se manifesta mediante provocação, ou seja, ele se mantém inerte até que surjam conflitos, sejam de interesse públicos ou privados, e estes sejam levados ao Judiciários para apreciação.

Com esta provocação, a qual a parte autora faz suas alegações e a parte adversa a rebate, compete ao Juiz proferir um julgamento dizendo a quem cabe o direito e que proporções este se estende. A decisão do Juízo deve estar estritamente atrelada a causa de pedir e pedido, não podendo vendar seus olhos aos acontecimentos dentro do processo, para fundamentar sua decisão. É dever de todo Juiz julgar o processo com os elementos contidos nele, observando-se o seu livre convencimento.

Daí se extrai o princípio do dispositivo, que segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 70) *“consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão: judex secundum allegata et probata partium iudicare debet.”*

Nos leciona Portanova (2003, p.121):

“Ninguém pode ser obrigado a agir, ninguém pode ser impedido de agir. Mais: as partes têm liberdade também de limitar a atuação investigativa do juiz (e do processo) aos fatos que elas trazem para os autos e quanto aos pedidos (provimento jurisdicional) que elas entendem suficientes para a solução do conflito.”

Corrobora Silva (2005, p. 47):

O juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes [...] sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Tal princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos que as partes não hajam afirmado e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira (CARNELUTTI, La prueba civil, p. 9).

A par destes ilustres entendimentos, podemos concluir que no sistema processual de provas brasileiro os princípios inquisitivos e dispositivos estão interligados entre si. Enquanto o princípio inquisitivo exige uma maior atuação do Magistrado, o princípio dispositivo o mantém afastado das partes, para que se mantenha imparcial e profira uma decisão justa, mostrando-se como *“o sistema mais adequado onde é menor a necessidade de igualização econômica das partes.”* Nas palavras de (PORTANOVA, 2003, p. 206).

Avalizando esse pensamento, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 72):

Conclui-se, pois, que o processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo [...] impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas [...] tal tendência é universal: o sistema da livre investigação não é devido a particulares regimes políticos, pois existe em vários Estados liberais (v.g., Áustria, Suíça, França, Inglaterra) e o próprio Brasil já o conhecia, desde o código estadual da Bahia, de 1915 [...] o poder discricionário do juiz está contido no âmbito da lei, não se confundindo com arbítrio: o juiz age, na direção do processo.

Portanto, melhor entendendo os princípios que norteiam o sistema probatório brasileiro, podemos, então, discorrer sobre a prova no processo civil.

2.3 Conceito da Prova

Nos primórdios, não haviam regulamentos para as provas nem procedimentos e premissas básicas a serem respeitadas, uma vez que na Idade Média o Juiz era facilmente coagido pelos interesses do Rei ou seus governantes. E conforme pudemos observar as diretrizes que se criaram com a evolução histórica do sistema jurídico da prova, foi deixando tais ocorrência foram ficando ultrapassadas, caminhando o instituto da prova para uma maior liberdade probatória para as partes.

Paião Junior (2004, p. 13), relata que:

“É importante destacar que somente com a Revolução Francesa que os referidos princípios constitucionais da liberdade, igualdade e fraternidade, tiveram maior destaque e plena atuação no ordenamento jurídico. Com o passar do tempo, em todo o mundo a sociedade evoluiu e consequentemente as provas também. Essas últimas passaram a ser mais justas e aceitas no direito. Foram restringidas as formas de obtenção de provas, já que se forem obtidas por meios ilícitos, não serão aceitas, salvo em exceções.”

Portanto, séculos se passaram para que fossem construídos e aprimorados os conceitos do instituto jurídico da “prova”. Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 377) trazem um conceito sucinto e contemporâneo, qual seja: *“a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo.”*

Contudo, para se chegar num conceito tão sucinto, houve a necessidade de se discutir em larga escala a concepção do instituto da prova. Segundo Giovani Verde (1998 apud AZÁRIO 2006, p. 17) *“prova é aquilo que o legislador quer que seja, na medida e na maneira de sua vontade, uma vez que lhe incumbe disciplinar o fenômeno em detalhes.”* Corroborando o entendimento, (AZÁRIO, 2006, p. 17) afirma *“a concepção da prova dependerá do sistema probatório a ser adotado, o qual, de sua vez, decorrerá da lógica jurídica empregada e da ideologia da sociedade na qual a mesma está inserida, isto é, do seu contexto.”*

O ilustre Professor Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 261):

“‘prova’ é a palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento [...] não se refere a provar qualquer fato mas, apenas e tão somente, os fatos que, direta ou indiretamente, relacionem-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar.”

No momento em que a doutrina se refere a “fatos que direta ou indiretamente”, estes, estão intrinsecamente ligados com o que o magistrado tem que fazer juízo de valoração, no que se refere a “fatos” e não direitos, uma vez *“que às questões de direitos não exigem demonstração, porque o juiz tem o dever de conhecê-las (iura novit cúria) [...] as questões de fato, poderá haver necessidade de demonstrá-las.”* (LOPES, 2002, p.25, grifo do autor).

Com esses apontamentos, a doutrina divide o instituto probatório em duas frentes: o aspecto subjetivo e objetivo da prova.

Nos leciona Lopes (2002, p. 26), no que se refere a aspecto subjetivo, *“é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.”*

Já o aspecto objetivo o magistrado analisa as questões fáticas diante das provas produzidas, as quais irão lhe dar a certeza jurídica do direito invocado.

No antigo Código de Processo Civil de 1.973 já vigorava este entendimento, senão vejamos a conceito de prova pregado por Moacyr Amaral Santos (1988, p. 04, grifo do autor):

“CONCEITO DE PROVA JUDICIÁRIA – destina-se a prova a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa. Esse conhecimento ele obtém através dos meios de prova. Costuma-se, assim, conceituar prova, no sentido objetivo [...]

mas a prova, no sentido subjetivo, é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade dos fatos [...] se forma do conhecimento e da ponderação das provas no sentido objetivo, que transplantam os fatos para o processo.”

Sentís Melendo (1978, p. 38 apud SANTOS S., 2002, p. 57), corrobora tal entendimento, nos ensinando que:

“O conceito jurídico de prova é ‘si en sentido escuetamente idiomático la prueba consiste en acreditar o verificar la bondad de algo, en el orden jurídico por prueba no puede entenderse nada diferente de esto. La prueba judicial o prueba en el proceso (de cualquiera de las especies de que se trate) no puede consistir más que en hacer bueno algo.’”

Nesse compasso, Amaral Santos (1988) aduz que, *“alcançando esse degrau diz-se que a prova atingiu seu objetivo, está finalizada”*.

A par destes conceitos, necessário então concluir que a prova no sistema jurídico é o principal instituto que garante a efetividade da justiça para as partes, se valendo de todas os meios de provas previstas em nosso ordenamento.

2.4 Espécies de prova

As espécies de prova ainda é um tema muito abordado e discutido quanto aos meios que devem ser utilizados no processo e quanto à possibilidade de uma produção com ampla e geral permissão que se proponha para solucionar o litígio.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 378), doutrinam:

“A experiência indica, todavia, que não é aconselhável a total liberdade na admissibilidade dos meios de prova, ora porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas para justificar o seu acolhimento em juízo (como o chamado soro da verdade); ora porque daria um perigoso ensejo a manipulações ou fraudes (é o caso da prova exclusivamente testemunhal para demonstrar a existência de contrato de certo valor para cima – CPC, artigo 401); ora porque ofenderiam a própria dignidade de quem lhes ficasse sujeito representando

constrangimento pessoal inadmissível (é o caso da tortura, da narcoanálise, dos detectores de mentira, dos estupefacientes, etc.).”

Portanto, a legislação brasileira adotou um regramento básico no Código de Processo Civil, descrevendo um rol (não taxativo) sobre as espécies de provas admitidas no processo.

Nas palavras de Didier Jr; Braga e Oliveira (2011, p. 70, grifo nosso), as provas podem ser classificadas como:

a) **diretas**: se se referem ao próprio fato probando, ou consistem no próprio fato, como p. ex, a testemunha que narra o fato do acidente a que assistiu; b) **indiretas**: se não se refere ao próprio fato probando, mas a outro, do qual por trabalho do raciocínio se chega àquele, como p. ex, quando o perito descreve a posição em que encontrou os veículos após o acidente, fazendo presumir como este poderia ter ocorrido. São os fatos circunstanciais.

Porém tal classificação doutrinária não é exclusiva, Silva (2005, p. 323) indica ainda, duas outras classificações das provas, sendo elas: imediatas ou mediatas, e, pessoais ou reais.

Passamos então a descrever sucintamente as provas previstas em nosso Ordenamento Jurídico.

Uma inovação trazida com o Código de Processo Civil em 2015, é a possibilidade de produção de prova por meio de ata notarial, na qual o interessado pode requerer a um tabelião que se lavre documento atestando a existência e o modo de existir de algum fato. Nesta ata notarial, podem conter dados representados por imagem ou som gravados em arquivo eletrônico.

Outros meios de prova, que já eram previstos no Código de Processo Civil de 1.973, são: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

Cumpre observar, como já dito, que o referido rol não é taxativo, uma vez que além das espécies de provas acima descritas, podem surgir novas modalidades de provas não previstas, que se observadas as legalidades e moralidades, podem ser admitidas pelo Juiz.

3. ÔNUS DA PROVA

Didier Jr; Braga e Oliveira, (2011, p. 76, grifo do autor) afirmam que o ônus da prova *“é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. Ônus, segundo Goldschmidt, são imperativos do próprio interesse, ou seja, encargos sem cujo desempenho o sujeito se põe em situações de desvantagem perante o direito.”*

Nesta linha de pensamento, imperioso ressaltar o raciocínio de Arruda Alvim (1986, p. 299) em que,

“o ônus da prova não é tão inexorável como outros. Se alguém não prova o fato de que depende seu direito, se normalmente perderia a demanda, é possível, todavia, que o seu adversário desavisadamente prove esse fato e, fatalmente, isto lhe aproveitará.”

Poderíamos concluir que o Juiz teria função de imputar as partes o ônus de provar os fatos, uma vez que caberia a ele a função de administrador do processo, na busca de elucidação do caso concreto. Não poderia, ele, escusar-se do julgamento, sob a alegação de *“non liquet”*, ou seja, *“alegar que não ‘havia conseguido formar uma opinião sobre a causa’.”* (KARAM, 1980, apud AZÁRIO, 2006, p. 30, grifo do autor)

É o que sustenta, José Frederico Marques (p. 249):

“O processo tem de chegar a sua meta final, que é o *iudicium*, ainda que deficientes as provas. Além disso, os fatos devem ser submetidos a tratamento jurídico-formal para se enquadrarem nas normas que regulam os diversos institutos do

direito, surgindo afinal o que ANTONIO NASI denominou de 'juízo de tipicidade normativa do fato', como resultado da projeção das regras legais sobre os dados empíricos do litígio"

Antonio Danilo Moura de Azevedo (2008, p. 17) defende que o ônus da prova está lastreado em “[...] *uma regra processual que, ressalte-se, não atribui o dever de provar o fato, mas, sim, atribui o encargo a uma das partes pela falta de prova daquele fato que lhe competia.*” E neste compasso DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2011, p. 76, corroboram que “*o ônus da prova é uma regra dirigida às partes, de modo a orientar a sua atividade probatória, pois ‘permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato’.*”

Azevedo (2008, p. 17) também sustenta que:

“O ônus da prova tem duas funções primordiais. Primeiro, estimular as partes a provarem as alegações que fizeram. Segundo, ajudar o magistrado, que ainda permanecer em estado de dúvida, oferecendo-lhe um critério de julgamento capaz de evitar o “non liquet” [...] deparando com a incerteza, plenamente aceitável no sistema do livre convencimento motivado, o juiz, nesse caso, utilizar-se-á das regras de distribuição do ônus da prova, onerando aquela parte que carregava o encargo da prova com uma sentença desfavorável, visto que não produziu prova necessária a corroborar suas alegações. Tais regras resolvem a controvérsia nos casos em que a produção probatória não convence o juiz, guiando-o a julgar em desfavor daquele a quem incumbia o ônus da prova, e não o cumpriu satisfatoriamente.”

De uma visão geral, podemos extrair que o ônus da prova está disponível para as partes nas mais diversas espécies, porém, o seu aproveitamento depende do livre convencimento do Magistrado e seu juízo do valor.

3.1 O Ônus da Prova Clássica

Neste ponto do trabalho devemos discorrer sobre a Teoria Clássica do ônus da prova. Tal teoria teve surgimento quando algumas situações do Direito Romano já não conseguiam acompanhar a evolução histórica do processo no tocante à

produção de provas. Naquela época os juristas pacificaram o entendimento de que a distribuição do ônus da prova seria “*afirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*” (SANTOS A., 1973, p. 23).

Contudo tal afirmativa não ganhou solidez, pois, nas palavras de Amaral Santos (1973, p.23, grifo do autor),

“[...] admitindo, embora, que a negativa, como regra, não se pode provar, reconheciam que essa regra nem sempre é verdadeira, porque bem se pode provar quando coartada a certo tempo e lugar ou quando se resolve em afirmativa [...] a máxima de que a negativa não se pode provar enfraqueceu-se sobremaneira à observação de ser verdadeira apenas em relação às negativas indefinidas.”

Desta forma Assim, a Teoria Clássica da Prova veio à tona, determinando aquele que aciona a tutela jurisdicional do Estado deve fazer prova do direito pleiteado, ou seja, “*provar ei qui dicit*” (SANTOS A., 1973, p. 23, grifo do autor). Entretanto, se o réu se insurge no processo trazendo fato novo, ele não estaria somente limitado a negar os fatos, mas também, deveria basear a suas alegações através de provas, assumindo, então, o ônus probatório “*réus in exceptione actor est*” (SANTOS A., 1973, p. 23).

Estabeleceu-se então, de forma construtiva, a Teoria Clássica do ônus da prova, a qual incumbe a parte provar se o fato por ele alegado existe ou não

O professor Chiovenda (apud Santos A., 1973, p. 26, grifo do autor), com propriedade nos leciona que:

“Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. O réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam, direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova); b) se alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova da exceção, no sentido amplo).”

Nesta toada, não bastaria apenas definir qual parte se incumbiria do ônus de provar, mas também deve definir como funcionaria a regra do ônus diante dos conflitos de interesses.

4. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Nesse compasso de evoluções e definições do ônus da prova, o antigo e o novo Código de Processo Civil, determinam:

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.

Ocorre que esta estatização do ônus da prova, nem sempre conferia as partes a efetiva prestação da tutela jurisdicional do Estado, ou seja, nem sempre era justa, surgindo-se então uma necessidade de dinamização do ônus da prova.

Tal instituto já era há tempos defendido pela doutrina alemã e espanhola, porém sem definição nominal. Surgiu-se na argentina uma denominação, a qual passou ter influência em toda América Latina, através da Obra “Cargas Probatorias Dinámicas, escrito por Luís Antônio Giampaulo Sarro e Nathaly Campitelli Roque (1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 197-228. p. 210-211).

Ou seja, os doutrinadores da época atribuíam uma “carga” dinâmica da prova. No Brasil, tal denominação foi traduzida para “ônus”, a fim de dar uma palavra mais adequada à língua portuguesa e em consonância com o Código de Processo Civil.

Qual seja a expressão a ser usada, a verdade é que a teoria do ônus dinâmico da prova sustenta as partes podem ministra-las de forma mais justa, uma vez que ao analisar o caso concreto, as provas podem ser produzidas com mais facilidade por uma das partes, independentemente da posição que se encontra dentro do processo.

Desta forma, aquelas regras tradicionais e estatizadas do ônus da prova seriam relativizadas, atribuindo a parte mais qualificada, seja por questões fáticas ou técnicas, a incumbência de produzir determinada prova. Em outras palavras, a parte a qual teria certa facilidade em produzir a prova, caso esta não se produza, assumiria o risco de sua ausência, podendo vir a sucumbir no processo.

O professor Peyrano, descreve a teoria do ônus dinâmico da prova como:

“A chamada doutrina do ônus probatório dinâmico pode e deve ser utilizada pelos órgãos judiciais em determinadas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que, como regra, repartem os esforços probatórios. Esta importa um deslocamento do onus probandi, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, verbi gratia, sobre quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, independentemente da condição de autor ou demandado ou trata-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.”

Como podemos observar, esta teoria, somente seria aplicável analisando-se o caso concreto, frente ao direito material posto, na tentativa de conferir um maior grau de efetividade da justiça. Assim, o sistema de produção de provas de natureza constitutiva, modificativa, extintiva ou impeditiva estaria relativizado.

Como todo bom debate jurídico, o Professor Dall’agnol Junior, em sua obra *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Publicada pela Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001. p. 98, criticou a dinamização do ônus da prova, entendendo que seria impossível atribuir previamente encargos as partes. Contudo tal entendimento não se consolidou na doutrina.

Peyrano, a par das críticas em relação ao ônus dinâmico, sustenta:

“Claro que o deslocamento do *ônus probandi*, causada pela aplicação da doutrina do ônus dinâmico da prova, funciona, ordinariamente, com relação a determinados fatos ou circunstâncias e não todo o material fático. Isso implica que tal aplicação não acarreta um deslocamento completo do ônus probatório, mas tão somente parcial;(...)”

A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, pode ser facilmente encontrada em casos de responsabilização civil de médicos, uma vez que o paciente, estaria submetido à uma cirurgia, não teria condições técnicas de produzir uma prova. Ou então pode ser aplicada em casos de pensão alimentícia, em que o réu tem melhor condição de comprovar sua renda salarial a fim de se fixar os alimentos.

O ilustre professor Câmara afirma que a teoria da dinamização do ônus da prova está enraizada no próprio princípio da igualdade, senão vejamos:

“Só se justifica essa distribuição dinâmica do ônus da prova, frise-se, quando a parte a quem normalmente incumbiria o ônus não tenha sequer condições mínimas de produzi-la. Desse modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia.”⁵³

Neste ponto, devemos destacar que a teoria da distribuição dinâmica das provas, não se trata de inversão do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que quando invertido o ônus da prova, nem sempre a parte que sofreu a inversão, pode produzi-la, ou prova-la. Apesar de terem princípios em comum, são institutos diferentes. Enquanto no Código de Defesa do Consumidor, o ônus da prova pode ser invertido de forma universal em processos consumeristas, a distribuição dinâmica, só poderá ocorrer analisando caso a caso.

4.1 A Importância da Teoria de Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Conforme já discorrido amplamente neste trabalho, nem sempre a distribuição clássica do ônus da prova consegue assegurar a máxima efetivação da justiça, uma vez que há diversas situações e conflitos de direitos materiais, em que não é possível aplicá-la corretamente.

Com o advento da Lei 13.105 de 2015, o Código de Processo Civil se pautou em respeitar ao máximo a Constituição Federal, tornando o processo mais

constitucionalizado, com foco principal aos direitos garantidos como contraditório e ampla defesa. Tal respeito conferido a Carta Magna, dá as partes uma garantia processual de que podem e devem participar da construção de uma decisão judicial.

Neste sentido que se dá a positivação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, uma vez que ao aplica-lo, seria conferir tratamento proporcional e igualitário as partes em casos que a distribuição clássica do ônus da prova não teria esse alcance.

Em outras palavras, esta teoria, corretamente aplicada, não significaria só garantir o contraditório e a ampla defesa, mas também garantir o devido processo legal e o acesso à justiça, caso contrário, um sistema processual que impõe ao litigante o ônus de produzir uma prova impossível, seria o mesmo que negar-lhe o acesso à justiça, pois fatalmente seu pedido seria julgado improcedente.

Corroborando este entendimento, o novo Código de Processo Civil determina em seu artigo 7º:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Knijinik afirma:

“Assim, 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. 3. Essa perspectiva conduz-nos a certas situações nas quais a aplicação das regras sobre o ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, violando-se, ainda que de forma oculta, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.”

Podemos concluir que a dinamização do ônus da prova, evidencia vários dos principais princípios existentes do Processo Civil Brasileiro. Trata-se de um instituto que visa promover a própria finalidade do processo, posto que seu objetivo é conferir

aos litigantes o maior senso de justiça, ou seja, obter da tutela jurisdicional do Estado uma efetiva prestação.

O grande doutrinador, Carlos Alberto Alvaro Oliveira, afirma:

“O valor da justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta do direito material, entendido este, em sentido amplo, como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.”

Assim sendo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova não é somente uma criação momentânea no novo Códex que facilmente poderia cair em desuso, muito ao contrário, ela vem para consagrar a aplicação de direitos fundamentais ao processo propriamente dito, de modo que o estructure analisando não somente a capacidade das provas, mas também a capacidade das partes em produzi-las.

4.2 Críticas a Teoria de Dinamização do Ônus da Prova

Importante destacarmos, que antes da referida teoria ser positivado no novo Código de Processo Civil, esta sofria com críticas por parte da doutrina e jurisprudência.

Os pontos principais das críticas seriam que sua aplicação/positivação seria inútil ao processo, uma vez que poderiam ser aplicados outros métodos de resolução dos conflitos, ou então, que poderiam haver eventuais desrespeitos aos direitos processuais das partes, bem como atribuição de poder exacerbada ao juiz.

Sustentava a doutrina contrária, que a dinamização do ônus da prova era incompatível com o sistema processual constitucional, uma vez que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Porém conforme dito anteriormente, a aplicação desta teoria depende uma rigorosa análise de caso a caso, não podendo o juiz atribuir ou a parte require-la a seu bel prazer.

O professor Rosenberg leciona que:

“Uma “distribuição livre do ônus da prova” não é a liberdade em que poderia pensar uma magistratura bem aconselhada. A distribuição proporcional e invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica, (...). Assim o que quer a finalidade do processo civil por mais que se procure a verdade, mais que isto o importa estabelecer ou assegurar a paz jurídica eliminando de forma definitiva a incerteza entre as partes.”⁹⁹

Vivian de Oliveira, nos alertando para essa preocupação, entende que a aplicação desta teoria deve ser profundamente analisada, uma vez que tal teoria confere ao Juiz um poder exacerbado, podendo provocar uma eventual violação à garantia da segurança jurídica.

Mais além, Araken de Assis afirma que no atual cenário processual brasileiro, em que os Juízes estão abarrotados de processos pendentes para julgar, seria perigoso confiar na capacidade de ponderação dos mesmos para aplicarem a dinamização do ônus da prova, sendo um eminente perigo ao processo garantista, além de inconstitucional.

Porém mesmo que parte da doutrina, ou a minoria dela, critique a aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, pois confere maiores poderes ao Juiz, esta, na verdade foi positivada para ter efeito contrário, ou seja, conferir aos magistrados e as partes um mecanismo de provas a fim de se atingir a efetiva Justiça.

A doutrina defende que:

“O apontado perigo (de atribuição de mais poderes aos juízes) não existe no mundo real. O que se precisa acentuar, sim é que o acréscimo dos poderes do juiz ou do seu uso efetivo, tem de ser acompanhado do proporcional crescimento de sua

responsabilidade e das exigências quanto à sua qualificação. Não há razão alguma para temer os juízes. Há sobradas razões, por certo, para exigir-se do Estado que assegure ao jurisdicionado a melhor qualificação, as mais amplas garantias e os suficientes meios postos à disposição do Judiciário para o bom desempenho do seu mister.”

Portanto, ao sairmos da regra estática do ônus da prova, trata-se não só de garantir os direitos fundamentais dos litigantes, mas também confere um novo mecanismo para que o processo atinja sua finalidade.

4.3 O Código de Processo Civil de 2015 e a Positivação da Dinamização do Ônus Probatório

Nos tópicos anteriores, foi definido o que é o conceito da teoria de distribuição do ônus da prova, como ela é importante para garantir direitos fundamentais as partes que estão em situação de desigualdade no processo. Não obstante, a tais fatos, as críticas acima expostas, se tornaram um grande passo para a positivação da teoria, uma vez que bem observadas e discutidas, impedem que haja uma inadequada aplicação da mesma.

A partir deste momento, analisaremos como o Novo Código de Processo Civil regulou a distribuição dinâmica do ônus da prova e como este foi recepcionado pelo Direito Brasileiro. Analisaremos também, a melhor forma de em que deve ser aplicado a teoria e o momento processual em que deve ser aplicado.

Com o advento da Lei 13.105 de 2015, o Código de Processo Civil, em seu artigo 373 e parágrafos define como deve se dar o ônus da prova no atual cenário processual brasileiro:

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. (Grifo nosso)

Conforme dito anteriormente, o caput e incisos do art. 373, nos remetem ao ônus da prova clássica, de modo estático, na qual cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e o réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito da parte contrária. Neste sentido lecionam Maninoni, Arenhart e Mitidiero:

“Como visto, através da defesa direta é negado o fato constitutivo, enquanto na defesa indireta é possível articular fatos impeditivo, modificativo ou extintivo. Mas o réu possui apenas o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, já que o ônus da prova do fato constitutivo incumbe ao autor. O réu não tem o ônus da prova na defesa direta, mas apenas na defesa indireta. Em outros termos, o réu não faz prova, mas sim contraprova, por meio da defesa direta.”

Esta regra estática, como dito anteriormente é aplicada em todos os casos levados ao judiciário brasileiro, com exceção dos casos em que são regulados por lei especial.

Desta forma, haja vista a necessidade de evolução da regra, a inovação é trazida no primeiro parágrafo do artigo 373 do Código de Processo Civil, a qual consagra a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, determinando que *“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”*.

Humberto Pinho, entende que a teoria foi parcialmente adotada, uma vez que a sua aplicação seria exceção, mantendo-se as aplicações do ônus da prova clássico/estático.

Ocorre que a teoria da dinamização do ônus da prova não está lastreada no afastamento das regras gerais de distribuição do ônus da prova, mesmo porque em um mesmo processo, em que haja uma gama de provas a serem produzidas, podem ocorrer que somente uma delas seja aplicada a teoria dinâmica de distribuição do ônus, seguindo as demais com aplicação da distribuição clássica.

Nas palavras de Lucon, Cabral e Cramer, uma regra não excluiria a outra, ou seja, podem haver convergência, respeitados seus limites, entre a regra de distribuição clássica e dinâmica do ônus da prova.

Pode-se concluir que esta é a principal mudança do Código de Processo Civil, no que tange ao Direito Probatório das partes. Fredie Didier, Braga e Oliveira, sustentam, ainda, que o novo Códex consagrou a teoria perfeição, uma vez que sua aplicação envolvem uma série de regras a serem observadas.

Importante lembrar que a novidade se refere a positivação da teoria dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil e não propriamente dito na sua aplicação, tendo em vista que a doutrina e a jurisprudência já defendiam e a aplicavam. Uns dos exemplos da flexibilização do ônus da prova eram em casos que envolviam responsabilidade civil no direito ambiental, contratos bancários, erros médicos, sorteios televisivos e etc.

No ano de 2008, o Deputado Manoel Alves da Silva Junior, apresentou um projeto de lei, sob nº 3.015/08, com o objetivo de incluir no artigo 333 do antigo Código de Processo Civil de 73, um novo parágrafo, o qual determinava: *“§ 2º É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto.”*

A justificativa seria de que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova estava ganhando força pela doutrina e sendo aplicada pela jurisprudência sem estar

expressamente prevista no sistema processual brasileiro, daí a necessidade de inclusão do novo parágrafo.

Contudo a proposta do projeto de lei fora rejeitada, fundamentando-se que a complexidade de causa não era motivo hábil a autorizar a dinamização do ônus da prova, mas sim que a deveriam ser analisados os direitos materiais envolvidos frente a impossibilidade de uma das partes em produzir a prova.¹³²

Além destes fatos ocorridos, uma lei especial, não menos importante, previa uma dinamização do ônus da prova, qual seja, artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que verificada a hipossuficiência ou verossimilhança das alegações do autor, o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova. Porém tal inversão somente era aplicada em casos consumeristas.

Antes de analisarmos como deve ser efetuada a aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, ora estudada, necessitamos reforçar que ela não guarda relação com o direito de não produzir prova contra si mesmo, cabendo uma estrita análise em conjuntos dos artigos 373, §1º e 379 do Código de Processo Civil.

Nelson Nery, sustenta que caso de a aplicação da teoria em comento gere o dever da parte produzir prova contra si mesmo, tal aplicação seria inconstitucional e deve ser afastada de plano.

Uma importante vertente a ser lembrado, é que o réu em processo judicial cível, pode pleitear uma contraprova, a qual se difere dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, uma vez que tem como objetivo contestar o próprio fato constitutivo alegado direito do autor, buscando a sua invalidação ou declaração de falsidade. Nesta linha de raciocínio, ao ser aplicada a teoria dinâmica do ônus da prova em prejuízo do réu, não estará determinando que o mesmo faça a prova do direito constitutivo do autor e sim que se faça prova do fato desconstitutivo. Tal entendimento também é adotado por Humberto Theodoro Junior.

Tal entendimento também deve ser adotado de forma contrária, ou seja, quando é aplicado a teoria dinâmica de provas em desfavor do autor, este terá que fazer prova no sentido de se defender dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos eventualmente alegados pelo réu.

Eduardo Cambi, aponta uma estreita ligação entre as regras, uma vez que defende que:

“Porém, ninguém é obrigado a provar os fatos contrários. O adversário não poderá ser coagido a isto. Poderá optar em nada provar. Todavia, a distribuição dinâmica das cargas processuais probatórias ou a inversão do ônus da prova significa que quem deveria comprovar o fato e não o fez deve sucumbir.”

Diante dos estudos realizados, podemos dizer que, apesar de alguns autores apontarem inconsistências na aplicação da teoria ora estudada, a mesma está em consonância com todo o restante do Código de Processo Civil e principalmente com a Constituição Federal de 1988.

Feitas as considerações que levaram a introdução e positivação da teoria dinâmica do ônus da prova, passamos a analisar as hipóteses de aplicação e a decisão que o Juiz deve proferir ao aplicá-la.

4.4 Hipóteses de aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova e sua Decisão

Com a adoção da teoria de distribuição do ônus da prova pelo novo Código de Processo Civil de 2015, cabe ressaltar as hipóteses de sua aplicação, observando-se o que determina a nova legislação e de qual forma a doutrina e jurisprudência entendem como passíveis de flexibilização da regra estática.

No §1º do Código de Processo Civil de 2015, podem se extrair três hipóteses diversas para aplicação da teoria estudada, qual sejam: nos casos previstos em lei, peculiaridades quanto a impossibilidade ou excessiva dificuldade de

cumprir o encargo do ônus, ou então, maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Na primeira hipótese, temos a previsão legal, que consiste na aplicação da inversão do ônus da prova, sedimentada na Lei Especial do Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII. Cumpre destacar que a inversão do ônus da prova que decorre da Lei Consumerista, atribui um ônus à parte contrária, gerando presunção de verdade pelos fatos narrados pelo consumidor.

Neste diapasão, temos também a presunção de veracidade, com inversão do ônus da prova em processos judiciais de investigação de paternidade, onde a mãe propõe ação em face do suposto pai, requerendo também o pagamento de alimentos gravídicos ou alimentos para o filho. No caso dos alimentos gravídicos quando a mãe afirma tal pessoa ser o pai do nascituro, este é compelido a pagar alimentos, mesmo sem prova cabal nos autos da paternidade até que se realize o exame de paternidade, presumindo-se verdadeiras as alegações da mãe. Já nos casos de investigação de paternidade cumulado com pedidos de fixação de alimentos para o filho, caso o suposto pai recuse a se submeter ao exame de DNA, é presumida a sua paternidade em relação à criança, ou também quando o pai se recusa a fornecer documentos que comprovam a sua renda mensal, para fixação de alimentos, presumem-se verdadeiras a renda alegada pela mãe.

Tais presunções de veracidade, não se tratam de inobservância a máxima de que a parte não é obrigada a produzir provas contra si, isto porque, o bem jurídico tutelado trata-se de um direito fundamental da criança, previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, fica afastada eventual alegação de inconstitucionalidade, face ao Bem Maior, que é assegurar os direitos da criança.

Já em relação à segunda hipótese de aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova se dá em relação a impossibilidade, ou excessiva dificuldade em produzir uma prova. A Doutrina, classifica esta ocorrência, como prova diabólica, que nas palavras de Didier, Braga e Oliveira, seria: *“é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”*

Humberto Pinho, entende que a cumulação das expressões impossibilidade ou excessiva dificuldade, foi desnecessária, tendo em vista que as diferenças *in casu* somente trariam grandes discussões jurídicas que em nada auxiliaria ao processo. Afirma que o legislador poderia apenas ter se limitado a positivar a expressão “excessiva dificuldade”.

Mas como deveria ser constatada a impossibilidade ou a extensão da dificuldade?

Nathaly Campitelli Roque, sustenta que a hipossuficiência de uma das partes deveria ser informacional e não econômica, e corroborando este entendimento o ilustre professor William Ferreira afirma que o sistema processual brasileiro prevê mecanismos que solucionam as dificuldades econômicas, como por exemplo, a assistência judiciária gratuita garantida pelo Estado, sendo desnecessária a aplicação da teoria dinâmica, em situações que envolvam a hipossuficiência financeira.

Contudo este entendimento se mostra bem dividido, uma vez que a jurisprudência, tem proferido decisões no sentido de que havendo uma grande desigualdade econômica e uma situação de necessidade de produção de prova pericial, poderia ser invertido os custos para produção de tal prova. Isso se dá, quando nenhuma das partes é economicamente hipossuficientes, não fazendo jus aos benefícios da justiça gratuita. Porém, se comparado o poderio econômico das partes e constatado que uma parte é hipossuficiente em relação a outra, estaria autorizada a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, literalmente.

A última hipótese prevista, faz menção a “*maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*”. Esta última hipótese nos leva a essência da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, com maestria, nos ensina que tal previsão está harmonizada com o princípio da economia processual, já que não seria lógico atribuir uma prova a uma das partes do processo se a outra parte tem mais

facilidade em produzi-la. Cumprindo dizer que, tendo a parte maior facilidade em produzir a prova, se não a faz, tem que suportar com o risco de sua ausência.

Alguns doutrinadores sustentam que para aplicação do ônus dinâmico da prova, não basta a caracterização de um dos requisitos acima, mas sim que todos estejam caracterizados em uma mesma demanda. Os juristas Ferreira e Lucon, entendem que constatada a excessiva dificuldade de uma parte em produzir a prova e a maior facilidade da outra parte em produzi-la, os requisitos estariam preenchidos e então poderia haver a dinamização do ônus, caso contrário, ela seria afastada.

De fato, a aplicação da dinâmica do ônus da prova deve ser analisada de forma geral, levando-se em considerações todas as características e possibilidades das partes frente ao direito discutido. Contudo, exigir a cumulação de ambas hipóteses seria o mesmo que negar vigência a Lei.

Knijnik entende que deve ser aplicada a dinamização do ônus quando a parte que deve produzi-la, inviabilizou sua produção, ou então, quando é constatado que está havendo uma violação de deveres de cooperação das partes. Nesta linha, Kinijnik entende também, que além da dinamização do ônus, ou seja, inversão do ônus da prova, caberia ao juiz multar a parte que não coopera processualmente.

Humberto Theodoro afirma que a verossimilhança das alegações de uma parte, aliada ao mal comportamento processual da outra parte, ofendendo a boa-fé, estariam preenchidos os requisitos para a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Portanto, o Professor William sustenta que a aplicação da dinamização do ônus da prova não está lastreada na dificuldade de julgamento ou exame da prova, mas sim possui lastro com as características das partes frente aos direitos perseguidos.

Infelizmente, sabemos que a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus pode se realizar de maneira imprecisa ou excessiva. A par disso, o legislador tratou-se de prever que em face da decisão que redistribuiu o ônus da prova, cabe agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, XI do CPC.

Outra discussão insurge-se, sabendo que o recurso cabível com a decisão que redistribuiu o ônus é o agravo de instrumento, qual seria o recurso cabível que indefere a redistribuição?

Marinoni, Arenhart, Mitidiero e Ferreira, entendem que se é conferido a uma das partes a possibilidade de recorrer da decisão de redistribuição do ônus por meio de agravo de instrumento, também deve ser possibilitado a outra parte que recorra por meio de agravo a decisão que nega a redistribuição do ônus.

Já Mendes e Haroldo, entendem que a decisão que rejeita a redistribuição do ônus da prova, seria por ora, irrecurável, uma vez que ainda há a possibilidade de as partes de fazerem prova através do ônus clássico. Desta forma, o recurso sobre esta decisão deveria ser realizado junto ao recurso de apelação.

4.5 O Momento processual da dinamização

Antes do novo Código de Processo Civil de 2015 entrar em vigor, havia um grande debate jurídico acerca do melhor momento em que deveria ser aplicada a teoria dinâmica do ônus da prova e como o antigo Códex ainda não tinha regulado este instituto, usava-se como premissa a inversão do ônus da prova, prevista do Código de Defesa do Consumidor.

Nelson Nery, afirmava que a inversão do ônus da prova, somente poderia ocorrer em sentença, uma vez que se tratava de uma regra de julgamento a fim de evitar sentenças sem resoluções de mérito. Desta forma, a verificação de insuficiência de provas somente era constatada no momento do julgamento, fazendo-se necessário a inversão do ônus da prova.

Em posição contrária, Fredie Didier afirma que este entendimento era uma forte violação aos direitos processuais, uma vez que invertido o ônus da prova no momento do julgamento, a parte que sofreu a oneração, não teria mais direito a produzir provas, se limitando o juiz a julgar com as provas existentes nos autos.

Tal discussão era tamanha, que mesmo a jurisprudência não tinha um entendimento pacífico sobre o tema. Ao analisarmos os Recursos Especiais n. 203.225 e n. 422.778 442.854 e n. 802.832 e no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.450.473, podemos concluir que ora o entendimento é de que a inversão deveria ser efetuada no momento do julgamento, ora deveria ser efetuada na fase de instrução do processo.

Com o advento da Lei 13.105/2015, O Código de Processo Civil resolveu, ainda que parcialmente, esta discussão, pois prevê dois momentos diferentes, quais sejam:

Na Seção IV do Código de Processo Civil que regula o saneamento e organização do processo, está previsto no artigo 357, inciso III do CPC de 2015:

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

Desta forma, o juiz ao sanear e organizar o processo, deverá também definir a distribuição do ônus das provas que cada parte deverá produzir.

Já o próprio artigo 373, §2º prevê:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
(...)

§ 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.** (Grifo nosso)
(...)

Portanto, o problema do antigo Código ficou resolvido, no que tange ao momento da aplicação, não sendo mais possível redistribuir o ônus da prova no julgamento.

Desta forma, Greco afirma que ao ser oportunizado o direito da parte de desincumbir-se do ônus da prova, este estaria obstando o abusos na aplicação da distribuição dinâmica.

O grande jurista Cassio Scarpinella, sustenta que esta nova definição abordada pelo Código de Processo Civil, mudou a sistemática processual anteriormente adotada como forma de regra de julgamento, passando a ser atualmente, uma regra de procedimento. Eduardo de Campos Ferreira, sustenta ainda uma ideia mais interessante, qual seja, a consagração do caráter duplo do ônus da prova.

Já o Professor Neves, sustenta que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova ainda deve ser regra de julgamento, uma vez que deveriam ser obedecidas primeiramente, as regras clássicas do ônus da prova, podendo levar o Juiz com base nestas provas produzidas um alto grau de convencimento, tornando o processo apto a julgamento. Somente poderia se aplicar a redistribuição do ônus, após realizadas todas as tentativas de produção de provas por meio da regra clássica. O Professor Medina também corrobora este entendimento.

Quer seja uma regra de procedimento ou uma regra de julgamento, Cambi afirma que redistribuir o ônus da prova em julgamento, no mínimo retiraria todas as oportunidades de defesa da parte que sofre a oneração, violando diversos princípios fundamentais. Nas suas palavras, conclui:

“O momento da inversão do ônus da prova (anterior à sentença) constitui fator de maior segurança para as partes, porque dissemina, nos litigantes, maior consciência dos riscos que correm, caso não venham a desincumbi-lo, bem como dá maior grau de legitimação às decisões judiciais.”

Importante observarmos, que a doutrina também diverge quanto a possibilidade de o processo estando conclusos para julgamento, não seria permitido o juiz convertê-lo em diligência. Já outros doutrinadores afirmam que é totalmente possível que juiz, não tendo formado sua convicção, poderia converter o julgamento em realização de diligências probatórias.

Devemos destacar, que independente da previsão legal de que o momento para aplicar a redistribuição do ônus deve se dar na fase de saneamento, não deve ser levado este momento à risca, podendo eventualmente o julgamento ser convertido em diligência, desde que analisado o caso concreto, bem como observando-se o princípio da razoável duração do processo, bem como o princípio da economia processual.

Willian Santos Ferreira, vai mais além, alertando que o Juiz deve analisar o cenário processual para aplicação do ônus da prova, uma vez que durante o curso do processo ou fase instrutória, podem surgir fatos novos ou serem criadas novas circunstâncias que autorizariam a dinamização do ônus da prova. Nesta linha, Didier, aduz que uma alteração de fato ou fundamento, pode também alterar o cenário de hipossuficiência/hipersuficiência de uma parte em relação a outra.

Quando o projeto de lei do novo Código ainda estava sendo discutido, Peyrano criticou a ideia da necessidade de pronunciamento prévio imposto:

Aqui se estabelece nosso dissenso. Isso pode gerar incontáveis questões procedimentais, (incidentes, recursos, imputações de prejulgamento, etc.) que podem entorpecer a marcha do processo principal; apresentando, ademais, o inconveniente de que na maioria dos casos será muito difícil ao tribunal determinar no florescer da causa se uma parte se encontra objetivamente em dificuldades para desincumbir-se de um ônus probatório.²⁰⁰

Importante ressaltarmos que quando é proferida decisão de saneamento do processo, as partes podem solicitar que o Juiz preste esclarecimentos no prazo de 5 (cinco) dias. Sendo este o momento correto da parte que fora onerada, fundamentar suas razões para desincumbência do encargo.

Outra discussão levantada, é de que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser por meio de decisão de ofício do Juiz ou prescinde de expresso requerimento da parte?

As doutrinadoras Cintia Lima e Livia Faneco, sustentam que deve haver pedido expresso para que haja a redistribuição do ônus da prova, devidamente fundamentando as razões de seu pedido.

Fredie Didier, em posição contrária, afirma que é perfeitamente possível que o juiz profira decisão de ofício, redistribuindo o ônus da prova. Corroborando o entendimento, Humberto Theodoro Junior, sustenta que o Juiz, analisando o caso concreto e verificando a hipossuficiência de uma das partes em relação a outra, deve redistribuir o ônus da prova, devendo consultar as partes antes de proferir tal decisão.

Diante de todas as divergências apresentadas, o momento mais adequado para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, é sem dúvida, na decisão de organização e saneamento do processo, nos termos do artigo 357, inciso III do Código de Processo Civil.

4.6 Os limites para aplicação

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ao ser adotada no Código de Processo Civil, o legislador delimitou condições claras e específicas, qual seja: a inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a sua desoneração do encargo seja impossível ou extremamente difícil. Noutras palavras, sucintamente, trata-se da impossibilidade de impor a outra parte o ônus de realizar uma prova diabólica.

Knijnik já nos alertava que a distribuição dinâmica do ônus da prova, não poderia estar lastreada em uma realização de prova diabólica reversa. Assim sendo, a aplicação deste instituto deve estar baseada no fato de que a prova seja possível produzi-la pela parte que sofreu o ônus.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero reafirmam:

(...) quando se modifica o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a modificação do ônus da prova significar a imposição de uma

pena e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva, a modificação do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo, ou quando o autor tem condições de fazer a prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo.

Conforme dito ao longo deste trabalho, o conceito de distribuição dinâmica do ônus da prova é relativizar a distribuição clássica da prova, outrora estatizada pelo sistema processual brasileiro, afastando que a mesma seja produzida pela parte que se mostre hipossuficiente. Da mesma forma, nos parece óbvio que dinamizar o ônus imputando a outra parte uma produção de prova impossível, seria irrazoável e ofenderia diversos princípios fundamentais que regem o Código de Processo Civil.

Neves nos ensina que a positivação da teoria de distribuição dinâmica das provas tem como objetivo principal facilitar a produção de prova, e não fixar que quem sofra esta oneração saia prejudicada no processo, levando-o a sua sucumbência.

Portanto é necessária uma análise profunda do caso concreto e o direito perseguido, para então, a redistribuição do ônus exteriorizar a essência do princípio da isonomia e paridade de armas entre as partes. Somente agindo desta maneira é que se chegaria a uma decisão justa e com efetiva prestação da tutela jurisdicional do Estado.

Neste cenário, Humberto Theodoro Junior aponta que as hipóteses de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, decorrem das condições das partes, não sendo possíveis aplicá-las quando constatado que as duas partes têm dificuldade em produzir a prova. Portanto, deve seguir com a regra geral do ônus da prova.

Outra limitação à aplicação desta teoria, é de que o Código de Processo Civil, determinou que a decisão que redistribui o ônus da prova deve ser fundamentada. Ainda neste sentido, o Juiz ao fundamentar sua decisão, deve explicar o porquê dela, detalhadamente, fazendo um paralelo com o caso concreto.

Caso contrário, se for uma decisão genérica, a mesma poderá ser revista e anulada pelas Instâncias Superiores.

Assim sendo o juiz precisa literalmente, explicar os motivos que o levaram a concluir que a parte onerada teria dificuldade em produzi-la e que a outra parte teria mais facilidade. O novo Código de Processo Civil impõe e o Professor William Ferreira nos ensina que decisões genéricas são inadmissíveis no atual sistema processual, e que para cada prova que o juiz redistribuísse o ônus, deveria especificar o com fundamentos concretos cada uma delas.

Uma posição interessante é do professor Roberto Rodrigues, de que o Código de Processo Civil instituiu diversos graus de conveniência e necessidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, e destas diversidades surgiriam graus de argumentações a serem utilizados pelo juiz ao aplicar este instituto.

Em todo caso, uma vez que fundamentada corretamente a decisão que aplica a redistribuição do ônus da prova, esta estaria dando legitimidade e consistência a teoria construída, uma vez que afastaria quaisquer alegações de arbitrariedades e excessos cometidos pelos magistrados, sempre observando os princípios fundamentais que regulam o ordenamento jurídico brasileiro, além de observar fatores econômicos, sociais e culturais.

Outro limite imposto, é que no artigo 373, §3º do Código de Processo Civil, foi possibilitado as partes que convençionem o ônus da prova, desde que devidamente submetida a análise do Juiz.

Neste sentido, Buchmann afirma que o juiz terá uma atuação complementar nos casos em que as partes compõem de livre espontânea vontade o ônus de provar os fatos. Na verdade, o Juiz analisaria se as premissas e direitos fundamentais do sistema processual brasileira estariam sendo obedecidas. Caso constatado alguma violação, deveria declarar nulo a convenção no tange tão somente ao ato violado.

Portanto, estando presentes todos os requisitos válidos da distribuição dinâmica do ônus da prova, o juiz tem o dever de aplicá-la, uma vez que se tratam de requisitos objetivos, não estando sujeitos a análise subjetiva do juiz.

Nesta linha de raciocínio, Humberto Theodoro Junior nos ensina que:

“Restringindo-se a permissão da lei às hipóteses objetivas de impossibilidade ou excessiva onerosidade na produção da prova, ou na maior facilidade da prova do fato arguido pela defesa, o sistema da redistribuição dinâmica da carga probatória adotado pelo novo Código corresponde a um aprimoramento adequado à função do moderno processo justo e não se reverte de caráter discricionário.”

Resumidamente, podemos afirmar que a positivação e aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, reforçou a ideia que o Sistema Processual Brasileiro no sentido de dar um caráter auxiliar ao processo. Para que os pontos negativos deste auxílio não venham à tona, necessário que a dinamização do ônus seja usada de forma prudente, utilizando-se bom senso e observando os direitos fundamentais que norteiam nosso ordenamento jurídico processual.

Assim se justifica a imposição de hipóteses e limites em que deve ser aplicado a redistribuição do ônus da prova, para que não dê um excesso de poder ao Juiz, bem como excesso de poder a uma das partes em relação à outra. Sendo aplicada somente quando atendido os requisitos intrínsecos expostos neste trabalho.

Araken de Assis, grande crítico da distribuição dinâmica do ônus da prova, afirma que por ser uma regra excepcional, deve comportar uma interpretação restritiva e que banalização da aplicação da teoria poderia tornar o processo uma disputa jurídica ideológica.

Obviamente é pacífico o entendimento na doutrina de que a generalização e utilização desarrazoada da distribuição dinâmica do ônus da prova, fatalmente a levaria ao seu descrédito. Se assim usada, provavelmente sua finalidade seria totalmente desvirtuada, nos levando a uma imensidão de decisões injustas e contraditórias.

Porém devemos ressaltar, conforme exposto ao longo deste trabalho, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova veio para auxiliar as partes e o juiz em situações específicas, sendo uma regra excepcional, ou seja, somente poderá ser aplicada se constatada de fato que a regra geral (distribuição clássica do ônus da prova) não solucionaria o processo e não conferiria uma decisão justa às partes.

Portanto, respeitado os princípios que regem o sistema processual brasileiro, bem como as hipóteses e limites para aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova trazida pela Lei 13.105 de 2015, esta, se mostrará um importante instrumento à disposição do juiz e das partes para maior efetivação da prestação da tutela jurisdicional do Estado.

CONCLUSÃO

Como podemos analisar durante os tópicos deste trabalho, as mudanças advindas da Lei 13.105 de 16 de Março de 2015, que alterou em muito nosso Código de Processo Civil, trouxe um importante passo na construção de um processo civil mais democrático, visando a máxima efetivação da prestação da tutela jurisdicional do Estado.

Mais especificamente, quanto ao assunto principal abordado neste trabalho, podemos concluir que a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova é mais um dos instrumentos para o magistrado que visa o objetivo intrínseco do processo, ou seja, sua instrumentalidade. Com a aplicação da dinamização do ônus da prova, torna-se possível uma adequação do procedimento posto ao conflito material o qual foi provocado pelas partes, possibilitando, ainda, uma maior efetividade das decisões judiciais.

Com os ensinamentos da doutrina argentina, vimos que a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, tem como finalidade a redistribuição do ônus probatório conforme a facilidade de cada parte em produzir a prova relacionada ao fato discutido de produção da prova por cada parte. Devemos lembrar que não se trata de afastar a incidência da distribuição clássica do ônus da prova, mas sim completa-la e aperfeiçoa-la, servindo como uma saída para casos peculiares em que a regra geral não alcançaria. Noutras palavras, é um instrumento processual que visa completar e não substituir ou deturpar o sistema de geral de ônus da prova.

Há que se ressaltar que na aplicação da dinamização do ônus das provas há uma estrita ligação entre os valores da segurança jurídica e efetividade das decisões judiciais, sendo que em alguns casos, torna-se evidente a necessidade de sua aplicação.

O Código de Processo Civil, ao positivar esta teoria, a faz de uma forma plena, mesmo que ainda seja subsidiária ao sistema da regra geral, a qual é estática. A teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova não prescinde da

ausência de regras, e sim, prescinde da flexibilização delas quando se mostrarem necessárias ao julgamento da lide e solução efetiva do direito discutido.

Neste ponto, temos que elogiar o legislador brasileiro, pois foi muito feliz ao positivar a teoria de dinamização do ônus da prova, sem que esta ferisse a regra clássica, garantido segurança jurídica mesmo quando flexibilizadas as regras.

Conforme estudamos neste trabalho, o § 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil, determina que caso uma parte que deva produzir uma prova se encontre impossibilitada ou excessivamente difícil de realiza-la, ou então, que a outra parte tenha maior facilidade de obter/produzir a prova, deverá ser redistribuído o ônus da prova. Ressaltando que esta dinamização não implica em produção de prova contra si, mas sim prova do fato contrário.

Outro ponto importante para a prática processual é que a positivação da teoria definiu o melhor momento de aplicação da dinamização do ônus, definindo que o mesmo deve ser efetuado na decisão que saneia e organiza o processo. Desta forma diminuiu em muito a discussão de que o momento seria na sentença. E conforme dito neste trabalho, a dinamização do ônus em sentença, na verdade, ofenderia vários princípios e dispositivos do sistema processual brasileiro, prejudicando, em muito, a parte que sofreu a oneração da prova.

Mais feliz ainda são as limitações impostas pelos legisladores ao ser aplicada a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova. Como vimos, o primeiro e mais notória se dá quando ao tentar aplicar a teoria e redistribuir o ônus da prova, a parte que fora onerada iria produzir uma prova diabólica, ou seja, até mesmo para ela seria impossível ou de extrema dificuldade de se produzir. Portanto, o juiz constatando a ocorrência desta vertente, deve afastar a dinamização do ônus e encontrar outras formas e mecanismos para julgamento da lide, caso contrário estaria causando uma grande insegurança jurídica e violação de vários princípios fundamentais do processo civil.

Outra limitação, não menos importante, consiste no fato de que toda decisão que redistribui o ônus da prova, deve ser fundamentada, tendo que o Juiz expor com clareza o porquê daquele fato deve ser provado de forma invertida. Tal limitação afasta as críticas de parte da doutrina, em que argui que o juiz estaria praticando arbitrariedades, abusando do poder de decisão e pior, ainda, estaria saindo do estado neutro. Tal limitação, evita, ainda, que a aplicação da teoria de dinamização do ônus da prova seja generaliza/banalizada pela jurisprudência, eis que as decisões devem ser rigorosamente fundamentadas.

Não obstante, o fato das partes poderem convencionar entre si a distribuição do ônus da prova, também é uma limitação à aplicação da teoria dinâmica. Pois as partes, pautadas na boa-fé e cooperação processual definiriam a quem caberia o ônus de cada prova, obviamente, autorizadas e fiscalizadas pelo magistrado.

Em suma, podemos concluir que a evolução do sistema de provas, a insurgência e positivação da teoria de distribuição dinâmica das provas no sistema processual brasileiro só tem a trazer benefícios as partes e ao juízo, no compasso de que utilizando-a com base nos princípios norteadores do Direito, este instrumento irá auxiliar na busca da efetividade da decisões, construindo um processo pautado na isonomia das partes e principalmente conferindo um maior sendo se justiça a todos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 3ª ed. rev. e aum. vol II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 209-210.

AZEVEDO, Antonio Danilo de Moura. **A aplicabilidade da teoria dinâmica distribuição do ônus da prova no processo civil**. Revista jurídica Unijus, Uberabá, Minas Gerais, 2008

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1.988** Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

BRASIL. **Projeto de Lei n. 3.015, de 2008**. Planalto. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

BUCHMANN, Adriana. A inversão do ônus da prova oficiosa no novo CPC e a imposição de limites pela existência de convenção probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 266, p. 55-78, abr. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. [digital].

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 439-440.

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

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001. p. 98.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6ª Edição. Salvador, Bahia: Editora Podivm, 2011.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz**. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 403-420. p. 407-408.

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

FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181.

KNIJNIK, Danilo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951. p. 948.

KNIJNIK, Danilo. **Ônus Dinâmico da Prova**. Disponível em: <http://www.kni.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. **Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC**: distinção entre institutos afins. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan.-fev./2014.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2ª Edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique. Das disposições gerais (arts. 369 a 380). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [digital]

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 275.

MARQUES, José Frederico. **Manual De Direito Processual Civil**. Vol. 2. Saraiva.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HAROLDO, Lourenço. **A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo, São Paulo, v. 263, p. 55-75, jan. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. até 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 727;

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. **A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica**. Revista de Processo, São Paulo, v. 231, p. 13-35, maio 2014.

PAIÃO JUNIOR, Reinaldo Venâncio. **Interceptação telefônica e ilicitude das provas no processo penal**. Presidente Prudente, SP: Faculdades integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2004.

PEYRANO, Jorge W. **Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas**. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori

PEYRANO, Jorge Walter. **Sobre el proyecto en curso de reformas al código procesal civil de Brasil**. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 87-98. p. 112.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 962, p. 153-170, dez. 2015.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **A dinamização do ônus da prova**. Revista de Processo, São Paulo, v. 240, p. 41-58, fev. 2015.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. IV: arts. 332 – 473. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

ROQUE, Nathaly Campitelli. **Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo Código de Processo Civil**. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo (Coord.). Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil. São Paulo: Rideel, 2014. p. 229-235. p. 233

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, volume 1: processo de conhecimento. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

VIANA, Márcio Túlio. **Aspectos curiosos da prova testemunhal**: sobre verdades, mentira e enganos. 10ª Edição. São Paulo: Revista Legislação do Trabalho, 2009.