

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

BRUNO DAVID MENDES OSMO

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – DUPLA FUNÇÃO E SEGURANÇA
JURÍDICA**

Fundamentos constitucionais e infraconstitucionais para a necessidade de que a norma relativa à distribuição do ônus da prova tenha dupla função.

São Paulo

-2019-

BRUNO DAVID MENDES OSMO

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – DUPLA FUNÇÃO E SEGURANÇA
JURÍDICA**

Fundamentos constitucionais e infraconstitucionais para a necessidade de que a norma relativa à distribuição do ônus da prova tenha dupla função.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Processo Civil, sob a orientação do Prof. José Maria Câmara Júnior.

São Paulo

-2019-

Banca Examinadora

A Deus, pelo dom da fé.

A meus pais, pela crença no saber.

AGRADECIMENTOS

“É o fim e a meta das letras (e já não falo das divinas, que têm por alvo levar e encaminhar as almas ao céu, pois a um fim tão sem fim como este nenhum outro se lhe pode igualar: falo das letras humanas, cujo fim é apurar a justiça distributiva e dar a cada um o que é seu) entender e fazer com que as boas leis sejam guardadas [...]. De tal maneira e com tão bons termos ia prosseguindo D. Quixote em sua fala, que obrigou a que nenhum dos que o escutavam o tivesse então por louco.”

Miguel de Cervantes

“Ninguém caminha sem aprender a caminhar, sem aprender a fazer o caminho caminhando, refazendo retocando o sonho pelo qual se pôs a caminhar”

Essas palavras talvez não sejam as mais belas deste trabalho, mas com certeza são as mais carregadas de emoção.

Primeiramente, agradeço ao meu Orientador, Prof. José Maria Câmara Junior, pelo apoio intelectual nesta fase. Em segundo lugar, aos colegas que contribuíram com apontamentos e questões que enriqueceram este trabalho.

Além deles, agradeço o apoio constante de minha irmã, Carolina, e do amparo carinhoso e exigente de meu amor, Raquel.

Por fim, mas sempre em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, Fátima e Hélio, pelo exemplo de amor e dedicação que norteia minha vida.

RESUMO

O presente trabalho abordará as razões constitucionais e legais utilizadas para se concluir pela necessidade de utilização, a partir da alteração legislativa promovida no artigo 373, do Código de Processo Civil de 2015, da norma relativa à distribuição do ônus da prova como norma de dupla função (de procedimento e de julgamento).

Após uma breve introdução, indicando o pano de fundo desta monografia e apresentando as premissas metodológicas e conceituais deste trabalho, o segundo capítulo investigará, de maneira geral, as teorias estática e dinâmica para distribuição do *onus probandi*, bem como breve histórico acerca do estudo sobre o ônus da prova. O capítulo também exporá as razões pelas quais a alteração legislativa na promulgação do CPC, art. 373, §1 ao prever a distribuição dinâmica do ônus da prova e se, realmente, implicou inovação no ordenamento processual.

O terceiro capítulo examinará os requisitos para se determinar se as normas de distribuição do ônus da prova são de julgamento ou de procedimento com base na histórica doutrina.

O quarto capítulo elaborará, tendo em vista a dominante doutrina processual e o espírito inaugurado pelo *novel* diploma processual, o conceito de dupla função da norma de distribuição do ônus da prova, com implicações para todos os agentes do processo.

Tudo isso para que, ao final, responda-se se a alteração legislativa promovida pelo novo Código de Processo Civil permite, com vistas à Segurança Jurídica, que o ônus da prova seja distribuído em sentença ou se deve ocorrer previamente, em decisão interlocutória.

Palavras-chaves: Processo Civil, Ônus da Prova, Distribuição Estática, Distribuição Dinâmica, Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This paper will discuss the constitutional and legal reasons used to reckon the obligation to apply, since the legislative amendment promoted in the article 373 of the Civil Procedure Code of 2015, the disposition regarding the burden of proof distribution as a disposition with double function (procedure and judgment).

After a brief introduction, indicating the background of this paper and presenting the methodological and conceptual premises, the second chapter will generally investigate the static and dynamic theories regarding the distribution of the *onus probandi*, as well as a historical analysis of the burden of proof. The chapter will also expose the reasons why the legislative amendment in the article 373 of the Civil Procedure Code, prescribing the dynamic theory of the distribution of the burden of proof and if it represents an actual innovation.

The third chapter will examine the preconditions to determinate if the dispositions regarding the distribution of the burden of proof are judgment dispositions or procedure dispositions, in reference to historical doctrine.

The fourth chapter will elaborate, in reference to dominant procedure doctrine and the spirit unveiled by the new Civil Procedure Code, the concept of double function of the disposition regarding the distribution of the burden of proof, with implications to all procedures agents.

All to answer, at the end, if the legislative amendment in the article 373 of the Civil Procedure Code allows, observing Legal Certainty, that the burden of proof is distributed in sentence or if it must be distributed previously, in interlocutory decision.

Key Words: Civil Procedure, Burden of Proof, Static Distribution, Dynamic Distribution, Legal Certainty.

INTRODUÇÃO	17
<i>1.1 Apresentação do tema</i>	17
<i>1.2 Considerações Metodológicas</i>	18
1.2.1 <i>Premissas conceituais e metodológicas</i>	18
1.2.2 <i>Questionamentos pertinentes à conclusão do trabalho</i>	21
2. AS TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	23
<i>2.1 Teoria de distribuição estática do ônus da prova</i>	31
<i>2.2 Críticas à teoria de distribuição estática do ônus da prova</i>	37
<i>2.3 Teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova</i>	40
<i>2.4 Críticas à teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova</i>	42
<i>2.5 Conclusão</i>	44
3. FUNÇÃO DA NORMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	45
<i>3.1 Norma de julgamento</i>	45
<i>3.2 Norma de procedimento</i>	48
<i>3.3 Conclusão</i>	49
4. A DUPLA FUNÇÃO DA NORMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	50
<i>4.1 Posição adotada</i>	50
4.1.1 <i>Fundamentos constitucionais para a adoção da posição</i>	52
4.1.2 <i>Fundamentos infraconstitucionais para a adoção da posição</i>	56
<i>4.2 Conclusão</i>	58
5. CONCLUSÃO	59
6. BIBLIOGRAFIA	62

1. INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação do tema.

A presente monografia propõe-se a verificar criticamente se o ordenamento processual brasileiro inovou na previsão do art. 373, §1º, da Lei nº 13.105/15¹, ao prever a possibilidade de o juiz distribuir o ônus da prova de forma dinâmica, isto é, determinar que não se cumpra a forma clássica de distribuição do ônus na qual o autor deve provar os fatos constitutivos de seu direito e ao Réu cabe provar os fatos desconstitutivos do direito do Autor. A norma ali disposta teria que espécie de função: de instrução ou de julgamento?

Na esteira da descrição do panorama base deste trabalho, serão apontadas, brevemente, as premissas metodológicas e conceituais que permeiam o debate, elaboradas por AMARAL SANTOS, ÁVILA, CHIOVENDA, MICHELI, PEYRANO, ROSENBERG, entre outros.

O segundo capítulo terá por pano de fundo o histórico esboço das teorias que permeiam o estudo acerca do ônus da prova. Ali serão apontadas as principais estruturas das teorias estática e dinâmica para distribuição do *onus probandi*, tudo com base nos ensinamentos de AMARAL SANTOS, bem como breve histórico acerca do estudo sobre o ônus da prova.

O terceiro capítulo estudará as características que definem se a norma de distribuição de ônus da prova tem função de julgamento ou de procedimento. Isto é, de acordo com os ordenamentos constitucional e processual vigentes, quais são os fundamentos para que se defenda que a regra de distribuição de ônus tenha função de instruir a produção das provas ou que tenha função de servir como prevenção à vedação ao *non liquet*, em homenagem à inafastabilidade da prestação jurisdicional (CPC, art. 140).

O quarto capítulo se atentará, tendo em vista a dominante doutrina processual e o espírito inaugurado pelo *novel* diploma processual e tomando por base a

¹ A Lei 13.105/15 e suas alterações posteriores, que instituíram o Código de Processo Civil brasileiro, serão tratadas neste trabalho simplesmente como CPC ou CPC/15.

conclusão do capítulo anterior, se é possível que a norma de distribuição do ônus da prova tenha função dúplice.

Por fim, o roteiro do trabalho será introduzido tomando por consideração todos os questionamentos que serão respondidos ao longo deste, com o devido aprofundamento e correlação entre as estruturas constitucionais e infraconstitucionais, além das funções dos institutos jurídicos que serão apresentados, tudo para que ao final seja apresentada a conclusão de que a moderna ciência processual exige que todos os participantes do processo colaborem para que o ônus seja distribuído antes e no próprio julgamento de mérito a fim de que os objetivos constitucionais possam ser atingidos.

1.2 Considerações Metodológicas

1.2.1 Premissas conceituais e metodológicas

Ao longo da elaboração do presente trabalho, observou-se a necessidade de se estabelecerem premissas e fundamentos norteadores da argumentação desta monografia. Percebeu-se que, embora seja possível cumprir regras (constitucionais, legais ou infralegais) contidas em uma ou mais disposições² de um determinado diploma legal, é, ao mesmo tempo, possível descumprir-se os princípios extraídos das mesmas disposições. Nesse sentido, adotou-se a concepção de *norma* elaborada por ÁVILA (baseado na doutrina de GUASTINI³), segundo o qual *norma* é o sentido extraído de uma determinada fonte do Direito, de modo a existir distintas espécies de *normas* (regras, princípios ou postulados⁴) que podem ser retiradas do mesmo objeto da interpretação⁵.

Também se adotou a divisão dos Fatos Jurídicos⁶, tal como elaborada por PONTES DE MIRANDA, em três planos: Existência, Validade e Eficácia, a partir do

² Disposição é definida por Riccardo Guastini como qualquer enunciado contido em um documento normativo. (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini, Apresentação Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25).

³ GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.* pp. 24-25.

⁴ Para HUMBERTO ÁVILA regra é a espécie normativa pela qual há a necessidade de adoção imediata da conduta descrita; princípio, por outro lado, é a norma pela qual se promove um estado ideal de coisas; e, por fim, o postulado é a espécie que orienta a aplicação das outras espécies normativas. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 102 e 164).

⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 50.

⁶ Fato jurídico foi definido por PONTES DE MIRANDA como o fato que foi considerado juridicamente relevante pelo legislador para se tornarem suporte fático de normas. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior, Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 33-34).

cumprimento de determinados suportes fáticos. Nesse sentido, será verificado em que situações a norma relativa à distribuição do ônus da prova, como fato jurídico, terá capacidade para produzir os efeitos por ela pretendidos perante os agentes do processo.

Por outro lado, o método interpretativo adotado também estabeleceu como premissa o fato de que a norma de distribuição do ônus da prova, integrando o Direito Processual e, portanto, o denominado *Direito Público*^{7 e 8}, deve cumprir, em primeiro lugar, a norma da Legalidade⁹, extraída da CF, arts. 5º e 37. Desse modo, a sujeição dos cidadãos às decisões do Poder Judiciário decorre da concordância de que esse Poder foi constituído com o intuito de solucionar os conflitos gerados no dia-a-dia. Daí porque a submissão dos cidadãos ao decidido pelo Judiciário, com o comprometimento de sua propriedade, deve seguir o rito constitucional, respeitando – em especial – contraditório^{10 e 11}.

Do ponto de vista funcional, observou-se também que a democracia pressupõe previsibilidade do sistema jurídico-legal¹². Em outros termos, o fato de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito significa que os três Poderes devem promover a segurança

⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 120.

⁸ “O direito processual é um ramo do direito público e fica, assim, diferenciado particularmente do direito privado por essa circunstância. O que faz com que suas normas busquem sobretudo a afirmação do interesse público com uma marcada prevalência do poder do Estado.” KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 27.

⁹ PONTES DE MIRANDA ainda lembra que a supremacia da Lei sobre o arbítrio remonta a superação dos tempos despóticos e, de acordo com ele, “à medida que se progride, nos sistemas democráticos liberais, em que se tem por fito cada vez maior igualdade, ou a atividade privada cresce e só a lei é que a controla, ou a atividade privada quase toda se publiciza, com a ditadura, a socialização ou a comunização.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior, Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 52).

¹⁰ O contraditório é tido como princípio pela maior parte da Doutrina, contudo é certo que ele pode adotar feições de regra ou mesmo de postulado normativo.

¹¹ O contraditório é definido por AMARAL SANTOS como a norma constitucional (CF, art. 5º, LV) que veda que o Poder Judiciário se debruce sobre uma pretensão sem que antes ouça a parte contrária a respeito daquela matéria, incluindo as medidas cautelares ou de urgência, nas quais é garantida a possibilidade de recurso e manifestação da parte prejudicada. (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 76-77). ADA PELLERINI GRINOVER, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ainda defendem que *somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e outra a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético, sendo constituído dois elementos: a) informação; b) reação.* (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 61-63)

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 173.

jurídica¹³, termo que, apesar de não constar expressamente no texto constitucional, pode ser retirado do próprio *caput*, bem como do inciso XXXVI, do art. 5º, da CF¹⁴.

Parra arrematar, diante das diferentes terminologias utilizadas pela Doutrina para se debruçar sobre o mesmo fato jurídico, foi adotada a definição de *ônus* defendida por GIAN ANTONIO MICHELI, diferenciando-o do *dever jurídico*. Segundo MICHELI, enquanto este pressupõe um comando determinado pelo direito, inclusive mediante ordem judicial, pelo que a sua respectiva inobservância importa ilicitude, o *ônus*, embora também pressuponha comando determinado pelo direito, condiciona o cumprimento de tal comando à vontade do sujeito, de modo que a inobservância do *ônus* é prevista como lícita pelo direito¹⁵.

De acordo com o jurista italiano, portanto, *ônus* da prova consiste no encargo atribuído à parte no sentido de demonstrar a veracidade de certo enunciado fático. O *ônus* da prova impõe à parte onerada, portanto, a opção entre cumprir e não cumprir o encargo probatório. Ambas as condutas são toleradas pelo direito, muito embora o onerado conviva com um risco que pode ser implementado no caso de descumprimento do *ônus*.

Estabelecidas essas premissas sobre a concepção de norma, método interpretativo, segurança jurídica implícita no sistema e conceito de *ônus da prova*, construiu-se a hipótese de que o processo^{16 e 17}, no intuito de atingir sua finalidade preponderante (a

¹³ A Segurança Jurídica é definida por HUMBERTO ÁVILA como a norma-princípio que requer que os três Poderes ajam de modo que os cidadãos possam confiar e calcular as atitudes estatais para determinar seus próprios comportamentos. Isto é, *uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.* (ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 282).

¹⁴ O termo “Segurança Jurídica” não consta expressamente na Constituição Federal, mesmo assim, HUMBERTO ÁVILA mostra que é possível extraí-lo por uma interpretação sistemática do ordenamento constitucional, além do que sua presença no sistema jurídico é inerente à própria existência de democracia. (ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 215).

¹⁵ MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1966, pp. 59-60.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA ensina que processo é o conjunto de ações humanas que, entre si, pretendem atingir determinado fim. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. 1. ed. atual por Nelson Nery Junior, Georges Aboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 332).

¹⁷ ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, em sua tese de doutorado, leciona que o processo nasceu *por um interesse da sociedade pelo réu, que seria, muitas vezes, prejudicado por pedidos dirigidos ao poder público por pessoas ignorantes ou de má-fé.* (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Conceito: identificação e conexão de causas no direito processual civil*. São Paulo : s.cp., 1967). A partir disso conclui-se pela intrínseca relação entre o nascimento do processo e o contraditório.

sentença de mérito¹⁸), deve cumprir certos requisitos em relação à distribuição do ônus da prova, observando-se sobremaneira o cumprimento das disposições constitucionais e infraconstitucionais, sob pena de nulidade. A conclusão retirada desta hipótese determinará se a moderna ciência processual exige que todos os participantes do processo colaborem para que o ônus seja distribuído antes e no próprio julgamento de mérito a fim de que os objetivos constitucionais, em especial o direito ao contraditório, possam ser atingidos.

1.2.2 Questionamentos pertinentes à conclusão do trabalho

Após a breve apresentação dos temas que serão analisados no presente trabalho, além dos conceitos que serão tidos como premissas, será possível, ao final de cada capítulo, responder alguns questionamentos.

O segundo capítulo abordará, de modo geral, as estruturas das teorias estática e dinâmica para distribuição do *onus probandi*, tudo com base nos ensinamentos de AMARAL SANTOS, bem como breve histórico acerca do estudo sobre o ônus da prova.

O terceiro capítulo, por sua vez, investigará as funções que a regra de distribuição do ônus da prova poderá adquirir. Afinal, a promulgação do art. 373, §1º, do CPC/15, ao prever expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova trouxe novo panorama à questão que, na vigência da Lei 5.869/73¹⁹, estava restrita às relações de direito do consumidor.

O quarto capítulo estudará as razões pelas quais a regra de distribuição de ônus da prova deve – ou não – ter dupla função no intuito de traçar uma visão sistemática do processo. Isto é, será abordada a questão da Legalidade e da Segurança Jurídica para se concluir se os litigantes buscam que a regra de distribuição de ônus seja de procedimento ou de julgamento.

O quinto capítulo se debruçará, tendo em vista a dominante doutrina processual e o espírito inaugurado pelo *novel* diploma processual e tomando por base a

¹⁸ Segundo PONTES DE MIRANDA, as partes têm *pretensão à sentença, por se ter exercido a pretensão à tutela jurídica*. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I. 1. ed. atual por Nelson Nery Junior, Georges Aboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 334)

¹⁹ Doravante a Lei 5.869/73 e suas alterações posteriores serão denominadas simplesmente como CPC/73.

conclusão do capítulo anterior, sobre o comportamento das partes em relação à distribuição do ônus da prova.

Isso tudo para que, ao final da monografia, possa se atingir o objetivo deste trabalho, qual seja responder a seguinte questão: o ônus da prova deve ser distribuído somente na sentença ou em decisão interlocutória prévia que guia a fase instrutória do processo?

2. AS TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Neste capítulo serão abordadas, de maneira sintética, as duas principais teorias acerca da distribuição do ônus da prova. Mas, antes de tudo, cumpre traçar brevemente a evolução histórica da prova como objeto do próprio processo.

O processo não é torre de marfim e, por isso, não sobrevive alheio a seu tempo e não pode ser visto apenas como mera técnica, mas, inevitavelmente, como produto da cultura do homem. O processo, enquanto fenômeno cultural, pode, inclusive, propiciar o entendimento de uma civilização^{20 e 21}. A conformação do processo, tal como elaborada hoje, sofreu influência do *praxismo*, do *processualismo*, do *instrumentalismo*, até do *formalismo-valorativo*^{22 e 23}. Cada qual no seu período histórico, representaram rupturas com o regime anterior, no que diz respeito aos modelos de prova e ao procedimento probatório.²⁴

O modo de se conhecer a realidade foi apurado de formas distintas nos diversos períodos históricos, de tal sorte que o caminho até o formalismo processual, como verificado atualmente, é fruto de elementos presentes, principalmente, nos direitos romano e medieval e na cultura liberal.

Não obstante o tratamento da prova – as suas regras de valoração, seus modelos e procedimentos probatórios – tenha transmudado conforme espelho da cultura do

²⁰ LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, n.º. 3, 1962, p. 74-96.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²² Segundo Mitidiero, o *praxismo* “corresponde à pré-história do direito processual civil, tempo em que se aludia ao processo como ‘*procedura*’ e não ainda como ‘*diritto processual civile*’”; o *processualismo* nasce da obra de Oskar Bülow e, a partir daí, “o processo deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica, que obedece a pressupostos próprios de existência e validade. A jurisdição assume a condição de poder vocacionado já não mais à tutela dos direitos subjetivos, mas sim voltada à função de realizar o direito objetivo estatal e pacificar a sociedade.”; a fase *instrumentalista* ganha escopo na “ideia de que direito processual civil [...] deve ser encarado como um instrumento a serviço do direito material, atento às necessidades sociais e políticas de seu tempo.” No Brasil, “[C]onstitui mérito da obra de Cândido Rangel Dinamarco a superação em larga escala da perspectiva puramente técnica do direito processual civil” em que se entende o processo como afluyente de questões políticas, sociais e jurídicas; a quarta e última fase, o *formalismo-valorativo*, ou Processo Civil do Estado Constitucional, importa em ir além “da tutela constitucional do processo [...] e da jurisdição constitucional, importa observar a incorporação no âmbito do direito processual civil da metodologia constitucional, com inequívoco destaque para o incremento teórico propiciado pela nova teoria das normas, aí incluído obviamente o tema da interpretação, e para o processo civil encarado na perspectiva dos direitos fundamentais.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. rev., atual., ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 28-52).

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

²⁴ CARPES, Arthur, *Ônus Dinâmico da Prova*, 1ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p.20.

povo que a manejava, no âmbito da ciência jurídica como expressão máxima de garantia de justiça, o elemento “prova” sempre foi entendido como balizador para a solução do conflito. A prova é a materialização dos fatos alegados pelas partes, que dá ao julgador subsídios para proferir uma decisão justa²⁵ que tenha coerência e verossimilhança com a verdade processual, ainda que distante da verdade real^{26 e 27}.

Este é o significado de prova para o inconsciente coletivo: a prova como expressão do arquétipo de justiça. É conceito inato, inerente ao processo e dele não pode ser dissociado, uma vez que habita o que convém chamar de *inconsciente coletivo processual* e que norteia a *atitude consciente*, de uma forma ou de outra, da doutrina, da jurisprudência e da comunidade jurídica.

Por derivação, portanto, imprescindível se faz a análise histórica do instituto, de modo a perpassar sua evolução jurídica pelo tempo. Isso porque a prova, como forma de reconstrução dos fatos em um processo justo, ou ainda, como instrumento cognoscitivo de clarificação das situações de conflito, é a materialização do esforço humano frente à construção do sistema jurídico de se ater à realidade.

O Direito Romano, como aglomerado de comandos pragmáticos pretorianos voltados única e exclusivamente para a solução das demandas, já apresentava mecanismo probatório, cuja análise de sua evolução reforça a máxima de que o processo é o espelho de uma civilização. O caminho pelos períodos Arcaico, Clássico, Pós-clássico e *Justinianeu* é tanto a vereda da evolução histórica romana quanto da cultura jurídica como um todo. Os movimentos econômicos e seus respectivos efeitos nas esferas sociais e culturais impactaram profundamente a produção do Direito e sua organização.

Essa dinâmica repercute especialmente sobre a estrutura probatória. Tendo a prova direta conexão com o conceito de justiça e sendo essa a diretriz máxima do desenvolvimento jurídico, alterações sobre o Direito se manifestam inexoravelmente sobre a *probatio*. Portanto, o detalhamento da historicidade jurídica romana, não somente faz-se

²⁵ Justa, aqui, tem significado oscilante, observada a concepção de justiça para cada época.

²⁶ “A prova está ligada à tentativa de reconstrução dos fatos no processo. Por tal razão, apenas através de investigação a respeito dos modelos de prova e de procedimento probatório é que se tornará possível a constatação do ‘fator típico de todo o modelo cognoscitivo em vigor no mundo exterior’” (CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21).

²⁷ MENNA, Mariano. *Logica e fenomenologia dela prova*. Napoli: Jovene, 1992, p. 7.

mister para a compreensão desse instituto em sua raiz, mas também em muito contribui com o esclarecimento de sua direta relação com a justiça.

Em princípio, no período Arcaico, ou no tempo das ações da lei, o sistema probatório era de competência da figura do Árbitro, espécie de juiz privado, dada a ausência de um Estado centralizador. A esse era conferido amplo poder discricionário, que atingia tanto as afirmações das partes quanto sua índole moral perante a comunidade. O que ocorre é que durante esse recorte temporal, a civilização romana há pouco havia florescido, e o senso de comunidade primitivo era extremamente relevante socialmente. Os Romanos, organizados ainda familiarmente e plenamente centralizados na figura quase tribal do *Pater Familias*, ainda eram pouco relevantes na região do Lácio, se considerados seu contingente populacional minoritário e poderio militar pouco expressivo.

Essa situação, portanto, favorecia a utilização de parâmetros para decisão de cunho social, o que por muitas vezes gerava a desconsideração das provas alegadas em juízo em favor da consciência coletiva acerca de determinado sujeito. Munir Karam narra situação em que esse fenômeno se verifica, *[S]ignificativo é um trecho de Gelio, Livro XIV, II, onde revela a indecisão do juiz para aplicar a máxima *actore non probante reus absolvitur ante à figura moral do demandado. As provas favoreciam amplamente ao acusado, que era porém uma pessoa de má-fama, vida desregrada e torpe, pleno de perfídias e de fraudes, ao contrário do demandante, que era um homem muito bom, de reconhecida e comprovada boa fé e de vida irreprochável, atribuindo-se a ele muitos e destacados exemplos de probidade e de nobreza**²⁸. Fica evidente, portanto, a preponderância da valoração moral das controvérsias frente ao seu arcabouço fático²⁹.

Esse panorama deu lugar ao período Clássico, que marcou o engrandecimento da produção jurídica latina. Com a aurora da República e sua subsequente expansão territorial, tanto sob o prisma econômico, quanto social, o caráter familiar

²⁸ KARAM, Munir, *Princípio Distributivo do Ônus da Prova na Organização Judiciária Romana*. Revista de Processo, v. 24/1981, pp. 89 – 90.

²⁹ “Narra Gelio que o juiz preferiu jurar *non liquere*, livrando-se da obrigação de sentenciar: “... *ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*”. No trecho antes referido, Aulo Gelio fornece os critérios que M. Catón proclamou em seu discurso a favor de L. Turio contra C. Gelio, onde se percebe o amplo poder discricionário do juiz romano e a tendência de acolher a defesa do acusado melhor que a do autor: Se houver falta de provas, deve-se apreciar a credibilidade das partes. Se as partes forem igualmente idôneas ou inidôneas, deve-se dar razão ao demandado.” (KARAM, Munir, *Op. cit.* p. 90.)

fortemente presente no Direito Arcaico deu lugar a disposições probatórias mais elevadas, se considerado o critério hodierno. Primeiramente, da transição entre o Arcaico e Clássico, foi fundado o pilar de sustentação processual de isonomia, a *Actio Sacramenti in Rem*, que futuramente seria desenvolvido para tornar-se o conceito corrente de Isonomia processual. Segundo o mandamento, estavam as partes em pé de igualdade entre si e entre o juiz, e deveria o magistrado, baseando-se em sua experiência e no critério equitativo definir quem iria produzir provas.

Em segundo lugar, com a nova disposição territorial romana, a necessidade de unificação das instituições judiciárias se impôs sobre sua estrutura política. Dessa forma, formou-se uma entidade pública que aglomerou para si essas competências. Esse novo panorama poderia ser compreendido como um “Estado”. Contudo, a acepção dessa palavra remete diretamente ao conceito relacionado à Era Moderna, de forte inspiração Liberal. O “Estado” romano não compreende diretamente esse significado, mas para os efeitos da estrutura judiciária, essa unificação representou significativa alteração.

Sob essa nova entidade, unificaram-se as instâncias processuais e um novo caráter público passa a imperar sobre o curso das demandas latinas. O período Arcaico não suportaria a nova situação de maior acesso à justiça e crescimento dos litígios³⁰. O sistema de provas, outrora fortemente carregado de elementos morais, passou a ser pautado pelo conceito de presunção e de ônus da prova. O autor deveria provar seus fatos constitutivos de direito, enquanto réu encarregava-se dos modificativos e extintivos³¹.

Como se verifica na lição de Thomas Markey, “[E]ntre os magistrados republicanos, o pretor tinha por incumbência funções relacionadas com a administração da Justiça. Nesse mister, cuidava da primeira fase do processo entre particulares, verificando as alegações das partes e fixando os limites da contenda, para remeter o caso posteriormente a

³⁰ “Assim a valoração das provas que era livre passou a ser vinculada. As provas que fossem, por lei, reputadas sem qualquer valor não podiam ser admitidas e, das admissíveis, era dito, de antemão o que valiam” (KARAM, Munir, *Princípio Distributivo do Ônus da Prova na Organização Judiciária Romana*. Revista de Processo, v. 24/1981, p. 92).

³¹ “O processo, movido pelo impulso de uma parte, se desenvolve, pois, através de contrapostas afirmações do autor e do réu, os quais se referem reciprocamente a fatos idôneos para fundar as respectivas pretensões. É um tecido de provas e de contra-provas, em virtude do qual o juiz chegará a formar o seu convencimento.” (KARAM, Munir, *Op. cit.*, p. 94.)

um juiz particular. Incumbia, então, a esse juiz, verificar a procedência das alegações diante das provas apresentadas e tomar, com base nelas, a sua decisão”³².

Finalmente, com ascensão de Otaviano e do Império Romano, novamente iriam se alterar as instituições probatórias. A explosão do que em sua época e até hoje se sustenta como a maior nação da civilização ocidental novamente forçou o Direito a adaptar-se. Nesse período, a produção jurídica passou por intensa codificação e Organização, o que cristalizou os avanços produzidos outrora. Código de Justiniano, como portento cultural da humanidade, sacramentou as noções de igualdade das partes em relação ao juiz e de vinculação da prova. Em sua primeira parte (Digesto), a noção máxima de que [A] *prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato*³³ se fazia fortemente presente.

Essas instituições foram derivadas do desenvolvimento romano da noção, a esse tempo elaborada, de que a construção jurídica deveria se restringir aos fatos que lhe interessassem. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior, [A] *interpretação do direito, alvo máximo da dogmática em desenvolvimento, destacava-se do caso concreto, constituindo uma discussão por si com critérios próprios, abstratos se comparados com a experiência das disputas do dia a dia. Em outras palavras, o estabelecimento de fatos relevantes para o direito passava a ser uma questão jurídica e não algo imanente aos fatos*³⁴.

Contudo, mesmo com o desenvolvimento dessa noção de abstração, de isonomia processual e de ônus da prova, especialmente na codificação do Direito *Justinianeu*, os romanos não detinham um sistema processual probatório integralizado. Era mero apêndice do direito processual. O que existiam eram regras que disciplinavam o direito em matéria probatória, às quais se tentava conferir certo grau de abstração aglutinadora, para o fim de atingir o máximo de situações possíveis. Sem embargo das tentativas de sistematizar o direito probatório, algumas situações não eram alcançadas, e metodologicamente se fazia ausente uma própria integralidade processual.

³² MARKY, Thomas, *Curso de Instituições de Direito Romano*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995, p. 17

³³ NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao código de processo civil*, 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 995.

³⁴ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ªed., Saraiva, São Paulo, 2014, p.60

Tal limitação deriva do forte *praxismo* característico da época, uma vez que *conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para participação dos litigantes*³⁵.

Ainda, das cinzas do Império romano resistiu a instituição que, além de alterar profundamente seu contexto interno até sua queda, iria sustentar seu legado até os dias presentes. A Igreja Católica Apostólica mudou drasticamente a noção de indivíduo pela figura do livre arbítrio e foi norte da produção jurídica medieval.

A estrutura normativa criada pela Igreja se pautava especialmente na resolução dos casos concretos, de tal sorte que se organizava a partir da prática judiciária e da produção jurídica doutrinária, inexistindo um Estado que aglomerasse a si essa competência, diferentemente da experiência romana. Essa peculiaridade histórica, no entanto, não impediu os esforços dos glosadores em acrescentar elementos de extrema valia à produção jurídica. O estudo dos discursos Socráticos, das apologias de Platão e da lógica aristotélica gerou sobre o discurso jurídico o fortalecimento e emprego da retórica, gramática e dialética, pautando o cerne do direito na discussão no *contrarietates*, de tal sorte que os conflitos chegariam a uma *solutio* somente por meio do contraditório e da isonomia³⁶.

Essa centralidade reverberou sobre o sistema probatório, que veio a se desenvolver sobre essa premissa. Deriva da lógica aristotélica e da arte do diálogo, sendo que *os conflitos apenas poderiam ser resolvidos mediante o diálogo entre os sujeitos processuais, em um ambiente de plena isonomia entre eles*³⁷.

Esse assentamento no contraditório gerou um dos marcos de racionalidade e moralidade da prova, que veio justamente integrar e equilibrar a teoria das presunções: O *onus*

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, vol. I, p. 225;

³⁶ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ªed., Saraiva, São Paulo, 2014, p.62.

³⁷ CARPES, Arthur, *Ônus Dinâmico da Prova*, 1ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p.23.

probandi, que corroborando com a *praesumptio*, firmou os seguintes corolários: “a) a mudança a respeito de que ideia normal deve ser provada e o risco recai sobre quem afirma; b) nenhum raciocínio presuntivo é tão evidente que seja capaz de dispensar a verificação pelo contraditório (as presunções, portanto, não configuram meio legal de prova, mas critério orientador da sua pesquisa); c) o juiz não pode mediar presunções ou substitutos de prova, e preencher lacunas gnosiológicas do fato, sendo permitido a ele decidir como um *non liquet*”³⁸.

Dessa forma, fixava-se o contraditório, cominado com a ordem isonômica, como norte de orientação com realidade fática do processo. Isso, todavia, não impedia erros judiciais. A organização processual medieval assentava-se sobre a noção que o conhecimento humano e sua perspectiva, em determinadas situações, não seria capaz de solucionar com plena exatidão as controvérsias. Essa noção promoveu uma construção normativa sob a prova de minimizar os desacertos judiciais e de se alcançar a “verdade provável”³⁹.

Restava, contudo, um problema metodológico nesse contexto jurídico: o modelo de prova adotado (argumentativo), apesar de favorecer a noção de discussão, uma vez que a retórica era central, não exigia a comprovação do que se argumentava. Mecanismos com esse escopo só formularam-se somente nos tempos do Iluminismo, que alterou as bases da ciência jurídica como um todo.

Na Era Moderna, sob a égide do “Esclarecimento”, os valores centrais do Direito voltaram-se à racionalidade e ao apreço pela comprovação fática do que se argumentava. A dogmática jurídica desenvolveu-se sob a premissa de gerar previsibilidade às sanções aplicadas aos indivíduos, de tal sorte que as condutas humanas que atraem os preceitos da lei precisariam ser comprovadas e racionalizadas. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao perpassar essa evolução do pensamento jurídico [A] *teoria do direito na era moderna, se de um lado quebra o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático fundado na autoridade dos textos romanos, de outro não rompe com o caráter dogmático que, ao contrário, tenta aperfeiçoar ao dar-lhe uma qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa em sua generalidade racional*.⁴⁰

³⁸ CARPES, Arthur, *Ônus Dinâmico da Prova*, 1ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p.25.

³⁹ CARPES, *Op. cit.* p.25.

⁴⁰ FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p.69.

Essa racionalização e sistematização vieram acompanhadas do largo emprego das ciências naturais, tidas como guardiãs do que se entendia por verdadeiro. Assim, a prova, antes argumentativa, passa a ser demonstrativa, e deveria ter por subsídio o conhecimento científico. Contudo, esse movimento de uso da prova científica esvaziou o instituto de sua forma jurídica, uma vez que as provas seriam de competência da ciência, e não de um sistema jurídico probatório. Enquanto ganhou-se na necessidade de demonstração probatória, perdeu-se com a exclusividade científica do instituto.

Foi somente com a formação do Estado Constitucional e com o fenômeno das codificações que o processualismo ganhou contornos mais valorativos, sustentando-se nos Direitos fundamentais, que passaram a nortear a organização jurídica normativa. Destes direitos, pilares de sustentação do movimento constitucional, emanariam novos deveres, que se tornaram a base do sistema probatório. O dever de colaboração remontou o sentido retórico de diálogo das partes no processo, ainda que respaldado na comprovação necessária e determinada pelo sistema probatório, e modificou profundamente o instituto do ônus probatório.

Todo esse movimento histórico de construção jurídica viria a produzir o que se conhece por prova, como sendo *qualquer elemento que possa ser utilizado para estabelecer a verdade dos fatos da causa. A ideia básica é que um litígio surge a partir de certos fatos e sobre esses se baseia; que esses fatos são disputados pelas partes; que tal disputa deve ser resolvida pelo tribunal; e que a solução da controvérsia dos fatos é alcançada quando o tribunal estabelece a verdade sobre os fatos que motivaram a disputa*⁴¹. Dessa definição, extraem-se todos os elementos levantados nesta introdução histórica: A noção de verdade jurídica, de diálogo das partes, o forte caráter retórico de processo e a racionalização, cominada com a cooperação, de todo o processo.

E a partir dessa síntese histórica acerca do sistema processual no âmbito do direito probatório, este trabalho se debruçará sobre o tema do ônus da prova.

Em primeiro lugar, faz-se necessário ressaltar que na clássica obra “Prova Judiciária no Cível e Comercial”, AMARAL SANTOS já lecionava sobre a intrínseca correlação existente entre o ônus da prova e a causa de pedir do pedido efetuado em juízo pelo Autor.

⁴¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15

Isso porque ao Autor sempre foi defeso trazer apenas as alegações de seu direito, devendo também demonstrar os fatos que embasam a pretensão trazida a juízo. É o que os romanos chamavam de *allegatio et non probatio quase non allegatio*.

Nesse sentido, AMARAL SANTOS, ancorado nas lições de BATOQUE e ABRANCHES, lecionava que os fatos da causa de pedir trazida a juízo serão o objeto da prova⁴². É bem verdade que a necessidade de se distribuir o ônus de provar qualquer fato só nasce no momento em que existe lide⁴³, afinal, *a priori*, a questão *a quem incumbe o ônus da prova* só faria sentido após a eventual resistência do Réu. É dizer, a resistência do Réu é um dos suportes fáticos da norma para distribuição do ônus da prova.

E será sobre a forma como a pretensão do Autor é resistida pelo Réu que as teorias de distribuição do ônus da prova, sinteticamente apresentadas abaixo, debruçar-se-ão. Pois bem.

2.1 Teoria de distribuição estática do ônus da prova

Em primeiro lugar será preciso abordar os principais fundamentos da teoria estática da distribuição do ônus da prova.

Em sua “Prova Judiciária no Cível e Comercial”, AMARAL SANTOS traz completo panorama acerca da clássica divisão de distribuição do ônus da prova, denominada neste trabalho tão-somente como *Teoria de distribuição estática do ônus da prova*.

Ministrava AMARAL SANTOS que, desde os tempos romanos, a prova incumbia a quem alegava o fato em seu favor (*semper onus probandi ei incumbit qui dicit*⁴⁴). E é com essas bases que se extraem os conceitos de *fatos constitutivos do direito do Autor* e de *fatos desconstitutivos do direito do Autor*.

⁴² *Causa de pedir* foi definida por AMARAL SANTOS como *o ato ou fato jurídico donde emerge o direito que o autor pretende tornar efetivo*. (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. pp. 93-94).

⁴³ Definida por CARNELUTTI como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 40)

⁴⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.* p. 95.

Os primeiros seriam os fatos que impliquem a existência do direito subjetivo postulado em juízo⁴⁵, ou, segundo MARINONI e ARENHART, *aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém*⁴⁶. Os segundos, por sua vez, consistem na espécie de fatos que, por sua própria natureza, “*extingue[m], anula[m], impede[m] ou modifica[m]*” a consequência jurídica dos fatos apontados pelo Autor na petição inicial⁴⁷. CHIOVENDA ainda especifica que os fatos desconstitutivos podem ser divididos entre *extintivos*⁴⁸, *modificativos*⁴⁹ e *impeditivos*⁵⁰.

Dessa forma, a teoria de distribuição do ônus da prova elaborada por CHIOVENDA e formulada com base nas espécies de fatos que devem ser provados pelas partes no processo pode ser sintetizada como: “*o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural.*”⁵¹.

Apesar do histórico avanço da ciência processual a partir da teoria formulada por CHIOVENDA, parcela da Doutrina a critica. Isso porque se defende que há inúmeros fatos cuja qualificação nas categorias elaboradas pelo autor italiano é impossível de ser realizada *a priori*.

Foi também com essas críticas que LEO ROSENBERG elaborou outra teoria de divisão estática do ônus da prova, trazendo ainda mais importância ao denominado *ônus da afirmação*, segundo o qual cabe às partes trazer ao Poder Judiciário os fatos que são

⁴⁵ AMARAL SANTOS ainda cita PONTES DE MIRANDA, segundo o qual “*a prova incumbe a quem articula um fato do qual pretenda concluir a existência, para o autor, de uma situação subjetiva.*” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 97).

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 165.

⁴⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.* p. 95.

⁴⁸ Definidos como aqueles que *fazem cessar uma vontade concreta de lei*. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 7.)

⁴⁹ Classificados como os que *pressupõem válida a constituição do direito, mas tendem a alterá-lo*. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 7.)

⁵⁰ Por fim, estes são os fatos que impedem a configuração de algum dos fatos constitutivos do direito do Autor. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 8).

⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Vol. II. 3. Ed. Napoli; Jovene, 1965, p. 382.

relevantes à solução da lide⁵². Por dar suma importância ao ônus da afirmação, ROSENBERG transporta o foco do objeto da prova da natureza dos fatos para a natureza das afirmações trazidas pelas partes ao Juiz.

A partir das afirmações levadas pelas partes ao processo, ao Magistrado caberia, de acordo com ROSENBERG, tão somente aplicar o direito mediante a aplicação de um silogismo, segundo o qual a norma seria a premissa maior e o conjunto de fatos equivaleria às premissas menores⁵³. Às partes incumbiria afirmar a premissa maior (norma) em seu favor e demonstrar as premissas menores (os fatos).

Segundo o autor alemão, *a parte cuja petição processual não pode ter êxito sem que se aplique um determinado preceito jurídico suporta o ônus da afirmação e da prova de que as características definidoras desse preceito estejam realizadas nos fatos*⁵⁴. Como se vê, ROSENBERG alia o direito material ao processual ao elaborar sua teoria de distribuição do ônus da prova. Isto é, ao contrário de CHIOVENDA, segundo o qual para se estabelecer a quem incumbe o ônus deveríamos nos atentar para as naturezas dos fatos, ROSENBERG propõe que se analise as classes das normas arguidas em juízo⁵⁵.

Da mesma forma, GIAN ANTONIO MICHELI também defende que um modelo distributivo de ônus da prova deve atentar ao direito material, ou seja, às normas invocadas pelas partes no processo. O jurista italiano, contudo, vai além e afirma que *a repartição do ônus da prova é estabelecida precipuamente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pedido: tal relação é determinada pelo direito material, enquanto este disciplina a fattispecie legal, e pelo direito processual, enquanto se tenha presente o perfil unilateral adotado por cada uma das partes no processo*⁵⁶.

⁵² ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Espanhola por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 3. Ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 39.

⁵³ ROSENBERG, Leo. *Op. cit.* p. 6

⁵⁴ *La parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos.* (ROSENBERG, Leo. *Op. cit.* p. 91).

⁵⁵ ROSENBERG as divide entre *constitutivas* (fundamentos de direito ou que criam direitos), *impeditivas* (que impedem a produção dos efeitos das normas constitutivas desde o seu nascimento), *destrutivas* (que fazem cessar a produção dos efeitos das normas constitutivas) e *exclusivas de direito* (que outorgam ao titular um direito potestativo que impede a produção dos efeitos das normas constitutivas). (ROSENBERG, Leo. *Op. cit.* pp. 100-111).

⁵⁶ MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1966, p. 437.

Como se vê, MICHELI critica ROSENBERG, aduzindo que o modelo formulado pelo autor alemão não seria suficiente sem que se tivesse em mente a posição em que as partes ocupassem no processo⁵⁷. Não obstante as críticas de MICHELI, há quem defenda que, em verdade, as teorias de ambos *têm os mesmos efeitos práticos e conteúdo jurídico*⁵⁸.

Sem embargo das críticas, tendo em vista que as provas se debruçam somente sobre os fatos, parece que as teorias de ROSENBERG e MICHELI não descontroem a teoria de CHIOVENDA, mas, ao contrário, confirmam-na e vão além. Afinal, é notório que só serão objeto de consideração pelo Poder Judiciário as afirmações trazidas pelas partes ao processo. Por consequência, a prova só levará em conta os fatos que constituem o suporte fático das normas arguidas. Isso não significa, evidentemente, que o princípio do *da mihi factum, dabo tibi jus* seja mitigado, uma vez que a incidência das normas é automática e infalível⁵⁹ e, portanto, ainda que as normas alegadas pelas partes não incidam no caso concreto, o Juiz deverá aplicar aquelas cujos suportes fáticos efetivamente estejam cumpridos.

De todo modo, é evidente que a atual legislação adotou a concepção de CHIOVENDA no CPC (art. 373), tomando como base para a distribuição do ônus de provar a natureza dos fatos alegados em juízo.

Isso porque há predileção, entre os doutrinadores, por uma teoria estática de distribuição prévia do ônus da prova⁶⁰, tal como historicamente adotada pelo ordenamento brasileiro. Afinal, adotar tal concepção tem inúmeras vantagens procedimentais, colaborando com a promoção da segurança jurídica entre os litigantes.

Foi com essas bases que o legislador, seguindo a tradição brasileira e as lições de CHIOVENDA, promulgou o vigente CPC com o art. 373⁶¹ que, em seus incisos,

⁵⁷ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 141.

⁵⁸ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988, p. 483.

⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo I. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, pp. 10-18.

⁶⁰ ROSENBERG, por exemplo, não escondia as críticas àqueles que preferiam uma distribuição dinâmica do ônus da prova, defendendo a criação de regra fixa e abstrata que possa *a priori* estabelecer a que parte do processo incumbe provar determinadas questões. (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Espanhola por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 3. Ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 91).

⁶¹ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

dispõe exatamente que o ônus da prova incumbe ao Autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito e ao Réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. É dizer: enquanto incumbe ao Autor demonstrar os fatos que induzem à pretensão pretendida em juízo, é ônus do Réu provar aqueles que traduzem a incorreção da pretensão trazida pelo Autor ao Poder Judiciário.

A adoção dessa teoria não implica, contudo, a impossibilidade de se aplicar o roteiro lógico de ROSENBERG e MICHELI ao direito processual. Isso porque o silogismo de ROSENBERG, apontado anteriormente, promove previsibilidade e segurança aos participantes do processo, pois basta que uma ou outra parte promova o silogismo para se conhecer o que cada uma deverá demonstrar no processo e, assim, ter certa dose de previsibilidade do que ocorrerá no processo.

Ou seja, apesar de o legislador ter prestigiado CHIOVENDA, é certo que ele também reverenciou ROSENBERG ao vedar expressamente a prolação da decisão surpresa por meio dos arts. 9º e 10, do CPC. Isto é, determinando que o Magistrado deva sempre nortear o processo pela observância da previsibilidade às partes, evitando surpresas e observando que o Direito Processual é ramo do Direito Público.

Trata-se de decorrência lógica da segurança jurídica, uma vez que as partes do processo têm o direito de saber quais serão os fatos que serão levados em consideração pelo Poder Judiciário para prolatar decisão de mérito, podendo, assim *calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos*⁶². Nesse sentido, vale a pena relembrar parte do voto da Ministra NANCY ANDRIGHI na Medida Cautelar nº 14.589/RS, no qual ela faz defesa veemente da Segurança Jurídica e da busca da solução de mérito em detrimento da prolação de decisões surpresa⁶³.

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.

⁶² ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014, p 152.

⁶³ “Ora, o Direito Processual não pode ser utilizado como elemento surpresa, a cercear injusta e despropositadamente uma solução de mérito. Com efeito, o Processo Civil muito comumente vem sendo distorcido de forma a prestar enorme desserviço ao Estado Democrático de Direito, deixando de ser instrumento da Justiça, para se tornar terreno incerto, repleto de arapucas e percalços, onde só se aventuram aqueles que não têm mais nada a perder.

A razoabilidade deve ser aliada do Poder Judiciário nessa tarefa, de forma que se alcance efetiva distribuição de Justiça. Não se deve, portanto, impor surpresas processuais, pois estas só prejudicam a parte que tem razão no mérito da disputa. O processo civil dos óbices e das armadilhas é o processo civil dos rábulas. Mesmo os

E a prolação de uma decisão que toma por base fatos e argumentos que não foram trazidos pelas partes viola a confiança depositada por elas no Poder Judiciário. Tal decisão não está de acordo com a boa-fé objetiva que, no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*, protege a parte que não age de modo contraditório^{64 e 65}.

Por isso, também com vistas à previsibilidade do sistema processual – e por consequência do sistema de produção de provas e de divisão do ônus de provar – é que o legislador teve por bem positivar, como regra, a boa-fé processual no art. 5º, do CPC (antes da vigência do CPC/15, é certo que a *bona fides* no processo vigia como princípio). Pontue-se que o art. 5º, do CPC, se dirige a todos aqueles que participam do processo, incluindo os membros do Poder Judiciário⁶⁶.

Nesse sentido, é certo que a fixação de regra geral para distribuição do ônus da prova vai ao encontro de um sistema mais previsível e seguro aos litigantes, pois retira do processo as características pessoais de seus participantes^{67 e 68}.

advogados mais competentes e estudiosos estão sujeitos ao esquecimento, ao lapso, e não se pode exigir que todos tenham conhecimento das mais recônditas nuances criadas pela jurisprudência. O direito das partes não pode depender de tão pouco. Nas questões controvertidas, convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento do mérito da lide.” (STJ – Medida Cautelar nº 14.589/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 19.08.2008).

⁶⁴ De acordo com ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, “[...] consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da regra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas – em todos, mas especialmente na parte contrária. É figura jurídica antiga – ao que parece, medieval – mas tem estado presente de forma cada vez mais intensa no direito civil dos últimos cem anos. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 167).

⁶⁵ Sobre o tema, importante citar as lições de JUDITH MARTINS-COSTA, segundo a qual *A boa-fé atua como norma asseguradora da manutenção de situações consolidadas, desde que geradoras de expectativas legítimas para os administrados em geral e aos contribuintes, considerando-se, por vezes, a boa fé um <<subprincípio da moralidade administrativa>>* (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. pp. 311-312).

⁶⁶ NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY ensinam que “*O parecer final do relator do projeto de lei que tratava do Novo CPC indica que este CPC 5.º tem o mesmo propósito do CPC 6.º, qual seja o de consagrar o princípio da cooperação, que deve nortear não só as partes litigantes, mas também os operadores do direito e auxiliares da justiça que participam do processo.*”⁶⁶ (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 207.)

⁶⁷ “*El individuo que decide libremente según la justicia, decide conforme sus sentimientos, y no de acuerdo con principios. Desaparecería toda seguridad jurídica. Pues la justicia se manifiesta en cada cabeza de modo distinto.*” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Espanhola por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 3. Ed. C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 85)

⁶⁸ O ex-Ministro do STF, Eros Grau, em entrevista à jornalista Carolina Stanisci afirmou que: “[...] a Justiça é um tema da Filosofia. Para aprender Justiça, os alunos deviam ir para a Faculdade de Filosofia. O que nós produzimos é uma ordem jurídica. Num mundo em que prevalecem as relações de troca, é necessário que exista segurança. A segurança jurídica é essa possibilidade weberiana de se prever comportamentos. E é a serviço dessa

2.2 Críticas à Teoria de distribuição estática do ônus da prova

Apesar de ser capaz de solucionar boa parte das demandas que chegam ao Poder Judiciário, a distribuição estática do ônus da prova enfrentou duras críticas ao longo dos anos. Isso porque há várias hipóteses em que atribuir ao Autor o ônus de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito acaba por inviabilizar o direito de ação. Da mesma forma, existem casos em que exigir que o Réu demonstre os fatos extintivos do direito do Autor resulta na vedação ao direito de defesa.

Por isso, ao longo do tempo a doutrina apontou as vicissitudes da teoria de distribuição estática do ônus da prova. Isso porque a teoria de distribuição estática do ônus da prova parte do pressuposto que as partes do processo têm poder equivalente para demonstrar os fatos que embasam suas pretensões.

Entretanto, há diversas hipóteses em que os litigantes não se encontram em iguais condições de produzir as provas que têm interesse. Tal percepção, antes mesmo da promulgação do vigente CPC, já levou o legislador a prever a inversão do ônus da prova no direito consumerista (CDC, arts. 6º, VIII⁶⁹ e 38⁷⁰), presumindo a hipossuficiência probatória do consumidor.

Há quem defenda que a inclusão dos referidos dispositivos legais no CDC teve como base a observação prática de que, inúmeras vezes, o consumidor sucumbia no processo porque a prova da falha do serviço ou do produto (como sendo, a depender de sua posição no processo, fatos constitutivos de seu direito ou desconstitutivos do direito do fornecedor) era extremamente difícil, custosa ou morosa de ser realizada por ele^{71 e 72}.

segurança que a ordem jurídica está.” (Disponível em <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,eros-grau-um-peixe-fora-dagua-no-stf,376758>)

⁶⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

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

⁷⁰ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

⁷¹ ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp. 70-71.

⁷² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 261-262.

Como se vê, a promulgação do CDC nesses moldes introduziu a possibilidade de alteração *ope judicis* do ônus probatório, a despeito da redação do então vigente CPC/73 (art. 333), que previa a distribuição estática do ônus da prova. É certo, no entanto, que o diploma consumerista estabeleceu critérios a serem avaliados pelo magistrado para determinar a inversão do ônus da prova, quais sejam: a verossimilhança ou a hipossuficiência⁷³.

Ou seja, o legislador, atento às peculiaridades da relação de consumo, percebeu que muitas vezes a aplicação rigorosa da teoria estática de distribuição do ônus da prova era capaz de gerar injustiças insuportáveis ao sistema. Afinal, “*servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco de até eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material*”⁷⁴.

Tal problemática se deve, também, à aplicação rasa da teoria estática do ônus da prova sobre a prova dos fatos negativos. Isto é, de acordo com a *Teoria de distribuição estática do ônus da prova*, ao Réu só é incumbido o ônus de demonstrar as exceções⁷⁵ ao direito do Autor, pois, desde os tempos romanos, *reus in exceptione actor est*⁷⁶. É nesse sentido que PONTES DE MIRANDA diferencia exceção de *contrariedade*. Na primeira, o Réu afirma alguma coisa que perime a ação, ou dilata o curso [...] Em tôdas as exceções há uma afirmativa de uma situação jurídica tôda diversa⁷⁷. A segunda, por sua vez, alega-se alguma coisa que se opõe ao libelo, mas que versa sôbre a mesma situação jurídica⁷⁸.

⁷³ LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO ensina que há divergência em doutrina de escol acerca da cumulatividade ou alternatividade dos requisitos de verossimilhança e de hipossuficiência do consumidor para a inversão do ônus da prova. Contudo, esse não é objetivo do presente trabalho, razão pela qual não será objeto de profunda análise. (PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 194-196)

⁷⁴ ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Aberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66 in KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. in FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 946.

⁷⁵ Definida como a defesa do Réu que alega fatos desconstitutivos do direito do Autor (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 95).

⁷⁶ AMARAL SANTOS citando ULPIANO no Digesto (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 97).

⁷⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.* p. 97.

⁷⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.* p. 97.

E tais lições são preciosas para verificar quando se está diante de *contrariedade* ou quando se está diante de *exceção*. Afinal, como lembra XAVIER LEONARDO, *quem diz móvel, ao mesmo tempo está dizendo que não imóvel*⁷⁹. Ou seja, a defesa que se resume somente na negativa do direito do Autor, não estando travestida de *exceção*, não cria o ônus de o Réu demonstrar tais fatos negativos (*affirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*).

Contudo, a partir da diferenciação surge a problemática de se saber quando incumbe ao Réu o ônus de demonstrar a negação do direito do Autor, *i.e.*, o fato negativo. Nos tempos das Ordenações o ordenamento limitou as hipóteses em que o Réu poderia se desincumbir do ônus de provar o fato negativo⁸⁰. No entanto, como o CPC/73 – e a legislação vigente também – não se debruçou especificamente sobre a questão, coube à Doutrina analisar a matéria, concluindo que a prova do fato negativo só se torna diabólica⁸¹ quando consistir em negativa absoluta ou indefinida^{82 e 83}.

Assim, de acordo com a teoria de distribuição estática do ônus da prova, o Réu ficará desincumbido de qualquer ônus probatório se sua defesa consistir tão somente em puras *contrariedades* e o Autor não tiver apresentado nenhuma prova dos fatos constitutivos de seu direito⁸⁴.

Porém, muitas vezes tal análise se dava de maneira rasa, atribuindo ao Réu o ônus de provar negativas absolutas ou indefinidas, colaborando para a sensação de

⁷⁹ LEONARDO. Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 164.

⁸⁰ As Ord. do liv. 3º, tít. 53, par. 1º, enunciavam que “É posto que seja regra que a negativa não se pode provar, se é coartada a certo tempo e lugar e bem assim se pode provar se é a negativa que se resolve em afirmativa”.

⁸¹ “Prova diabólica é a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. Também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de algo que não ocorreu (equiparando, assim, a prova diabólica e a prova negativa)” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*, Revista Dialética de Direito Processual nº 31, outubro de 2005 p. 12).

⁸² LEONARDO. Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 164.

⁸³ Citando MELO FREIRE, AMARAL SANTOS ensina que a negativa só pode ser provada em três situações “1) quando é coartada a certo tempo e lugar; 2) quando se resolve em afirmativa; 3) quando se deixa no juramento da parte, e é por esta confessada.” (AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 97).

⁸⁴ LEONARDO. Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 166.

injustiça insuportável que ajudou a florescer a *Teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova*.

2.3 *Teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova*

Tendo em vista os problemas gerados pela teoria da distribuição estática do ônus da prova, apontados pela Doutrina, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi ganhando força ao longo dos anos.

Afinal, a nova teoria se apresentou para solucionar as questões problemáticas geradas pela imóvel exigência de produção de provas sem, no entanto, negar as virtudes da antiga teoria. Isto é, a distribuição dinâmica do ônus da prova, realizada, via de regra, pelo Juiz, seria aplicada tão somente nos casos em que a regra anterior gerasse grande dificuldade a uma das partes.

JEREMY BENTHAM, por exemplo, sempre defendeu que a distribuição rígida do ônus da prova é capaz de gerar grandes injustiças. Segundo o autor inglês, o ônus da prova “*deve ser imposto, em cada caso, à parte que puder satisfazê-la com menores inconvenientes, isto é, menor perda de tempo, menores incômodos e menores despesas*”⁸⁵.

Não foi somente na Inglaterra que ideias semelhantes germinaram. Na França, sob o escólio de RENÈ DEMOGUE, a produção probatória deveria ser regida por denominado *princípio da solidariedade* entre as partes. Assim, o ônus da prova, segundo ele, *deve ser, em cada caso individual, imposto àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas, etc.*⁸⁶.

Amparada nas lições dos clássicos autores inglês e francês, a Doutrina argentina, dentre os quais se destaca JORGE WALTER PEYRANO, desenvolveu a teoria dinâmica da distribuição do ônus probatório tal como é conhecida atualmente. O citado jurista argentino publicou, em 1981, artigo denominado *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*. Essa teoria inseriu a solidariedade na produção probatória, atribuindo o ônus à parte que

⁸⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 100.

⁸⁶ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Op. cit.* p. 103.

melhores condições teria de produzir a prova. Neste diapasão, ensina PEYRANO que o juiz deveria, casuisticamente, atribuir o ônus da prova à parte que tem melhores condições técnicas, profissionais ou factuais de produzir a prova, do que a parte anteriormente eleita⁸⁷.

Como se vê, o jurista argentino defendeu a subsidiariedade da distribuição dinâmica do ônus da prova. Isto é, ela só deveria ser aplicada nos casos em que a distribuição estática impossibilitasse o direito de ação do Autor ou o direito de defesa do Réu⁸⁸.

A influência desta teoria não se restringiu, contudo, às fronteiras argentinas, atingindo vários países. A Espanha, por exemplo, adotou a teoria de JORGE WALTER PEYRANO expressamente em sua *Lei de Enjuiciamiento Civil*, em grande reforma promovida em 2000 no diploma processual⁸⁹.

⁸⁷ *La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, mas allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratar-se de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos. (in CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Florianópolis: GZ Editora, 2009. p. 73)*

⁸⁸ *Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquellas arroja consecuencias manifestamente disvaliosas. (PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lepori (Coords.) Cargas probatorias dinámicas. Santa Fé: RubinzalCulzon, 2004, p. 21)*

⁸⁹ *Artículo 217. Carga de la prueba.*

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

E a experiência proporcionada pela legislação espanhola serviu como base para a inovação brasileira do CPC/15. Isso porque também lá foi mantida a distribuição estática do ônus da prova e determinou-se que, subsidiariamente, o juiz poderia inverter o ônus da prova de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Da mesma forma, foi promulgado o CPC/15, cuja regra geral (distribuição estática do ônus da prova) encontra-se positivada nos incisos do *caput* do art. 373 e a regra subsidiária (distribuição dinâmica do ônus da prova) foi prevista no §1º, do art. 373, ampliando o escopo de aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, que era restrita às relações consumeristas.

Como se vê, a teoria defendida por PEYRANO afasta, ao menos a princípio, a dificuldade da análise da prova diabólica. Ou seja, percebendo o Juiz que é muito difícil que o Autor prove os fatos constitutivos de seu direito ou que o Réu demonstre as *exceções* apresentadas no processo, independentemente da posição por eles ocupada ou da natureza das alegações apresentadas (se *contrariedades* ou se *exceção*, se negativa absoluta ou indefinida), é possível que o ônus probatório seja atribuído de modo diverso do ordinário, a fim de se atingir uma decisão de mérito mais justa e efetiva, colaborando com o efetivo direito ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LV e CPC, art. 6º).

2.4 Críticas à teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova

Apesar das grandes virtudes, a aplicação indistinta da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode mitigar a previsibilidade do sistema processual. Ou seja, o tendão de Aquiles da *novel* teoria é justamente uma das grandes virtudes da teoria clássica da distribuição do ônus da prova, qual seja: a Segurança Jurídica⁹⁰.

A Constituição Federal determina que o Estado brasileiro deverá promover uma sociedade na qual a durabilidade, a estabilidade e a previsibilidade dos atos administrativos sejam palpáveis aos cidadãos. Ela faz isso ao elevar a proteção da segurança

⁹⁰ KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*. in FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 942-951

jurídica “à quinta potência”⁹¹. Sendo assim, não há espaço para que os cidadãos sejam surpreendidos. Especificamente no ramo do Direito Processual, *os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo*⁹². Assim, o cidadão tem a pretensão de que o Estado não poderá interferir livremente em sua propriedade antes de cumprido o contraditório e, por isso, pode determinar suas ações com mais acuidade. Na hipótese de o Estado não cumprir seu dever de promoção da razoável duração, estabilidade e previsibilidade, a segurança jurídica protegida pela Constituição Federal será atingida.

Em outros termos, o Direito brasileiro protege a propriedade e o patrimônio⁹³ dos cidadãos e alcança essa proteção por meio da previsibilidade e durabilidade dos atos estatais, incluindo aqui as ações do Poder Judiciário⁹⁴.

Dessa forma, a cláusula aberta para distribuição casuística do ônus da prova contraria o estado de coisas previsível, durável e estável pretendido pela Constituição Federal. AMARAL SANTOS, ao comentar a teoria de BENTHAM, afirmou que *tal teoria seria tão-somente justificável nos sistemas processuais que atribuíssem ao juiz o predomínio absoluto na orientação da instrução (processo inquisitório)*.⁹⁵ Afinal, a busca por justiça não justifica a mitigação desse estado de coisas pretendido pelo ordenamento constitucional⁹⁶.

É nesse sentido, inclusive, a maior parte das críticas vindas Doutrina sobre a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova. A promoção de justiça a qualquer custo, em detrimento da previsibilidade e da Segurança Jurídica, pode tornar o processo verdadeira roleta russa e, ao final, encarecer o custo da Justiça, inviabilizando o direito de ação e de defesa.

⁹¹ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 215.

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

⁹³ Antônio Junqueira de Azevedo e Manuel A. Domingues de Andrade definem patrimônio como o “*complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotado de valor econômico*”. (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76; e ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1. p. 205).

⁹⁴ ÁVILA, Humberto, *Op. cit.* p. 230.

⁹⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I, 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968. p. 100.

⁹⁶ PUOLI, José Carlos Baptista. *O ônus da prova e sua Distribuição dinâmica no novo código de processo civil*. In: *O novo código de processo civil: questões controvertidos*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 236.

No entanto, é preciso ressaltar que boa parte das vicissitudes atribuídas à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova decorre da sua conjugação com a interpretação de que a norma de distribuição de ônus probatório tem função, única e exclusivamente, de julgamento. Nos capítulos abaixo, após análise específica das funções que a norma de distribuição de ônus pode ter, as razões pelas quais tal conjugação tem como efeito a surpresa da parte serão mais bem elucidadas.

2.5 Conclusão

Tendo em vista o exposto neste capítulo, foi possível concluir que, tomadas separadamente, as teorias de distribuição do ônus da prova têm defeitos muito complexos a serem resolvidos, uma vez que, tomadas isoladamente, são imperfeitas.

Afinal a teoria de distribuição estática do ônus da prova, apesar de gerar previsibilidade quanto aos ônus de cada parte, ignora a capacidade de a parte produzir determinada prova. Ao final, a aplicação estrita da teoria pode inviabilizar o direito de ação ou o direito de defesa do litigante, em descompasso com os objetivos do contemporâneo direito processual, mormente após a promulgação do CPC/15.

Ao contrário, a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, ao observar tão somente a capacidade de um ou de outro de produzir determinada prova pode acarretar surpresas e instabilidades que não se coadunam com o sistema processual inaugurado pela CF/88.

A conjugação de ambas as teorias a depender do caso concreto, por sua vez, pode, no intuito de atingir decisão de mérito justa e efetiva e desde que somada com as funções atribuídas à norma de distribuição de ônus probatório, contribuir para que se atinja um sistema processual com Segurança Jurídica e previsibilidade.

3. FUNÇÃO DA NORMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A clássica doutrina processual examina as normas de distribuição do ônus da prova desde há muito. Nesse sentido, há amplo debate sobre o exato momento em que o magistrado deveria distribuir o ônus probatório entre os litigantes, se somente no momento de prolação da sentença ou no despacho saneador.

Dessa forma, foram criadas as categorias de *norma de julgamento*, para aqueles que defendem que a norma de distribuição do ônus deve ser aplicada somente no momento da sentença, ou de *norma de procedimento*, para aqueles que acreditam que o despacho saneador é o momento propício para que os ônus sejam distribuídos.

Abaixo serão brevemente esboçadas as razões pelas quais a Doutrina adota uma ou outra categoria. A partir daí, será verificada a congruência entre uma e outra categoria com o vigente art. 373, do CPC/15.

3.1 Norma de julgamento

De acordo com OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA, apoiado nas lições de ROSENBERG, *a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível [...] não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa*⁹⁷.

MICHELE TARUFFO vai além e afirma que o ônus da prova *estabelece que uma vez não provado um fato principal, não se pode aplicar a norma substantiva que assume esse tipo de fato como uma premissa fática: por conseguinte, as pretensões calcadas nesse fato e na aplicação dessa norma devem ser rejeitadas pelo tribunal*.⁹⁸ Como se vê, TARUFFO, calcado nas lições de ROSENBERG, estabelece relação entre as afirmações trazidas pelas partes ao processo com a produção das provas e com o resultado do julgamento.

⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. I, Tomo I, 8ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 267.

⁹⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 144

Nesse sentido, clássica doutrina, influenciada pela visão de que o Juiz não deveria interferir na produção da prova, diferencia ônus subjetivo e objetivo da prova. O primeiro equivaleria à necessidade de os litigantes apresentarem ao Juiz a demonstração dos fatos relevantes de seu direito⁹⁹. O ônus objetivo, por sua vez, é direcionado ao magistrado, determinando que o processo deve ser julgado independentemente do cumprimento dos ônus de provar das partes para a elucidação dos fatos trazidos ao processo¹⁰⁰.

Tal diferenciação decorre da comparação entre, de um lado, os sistemas processuais alemão e italiano e, de outro lado, o sistema processual austríaco. Isso porque nesse último sistema o juiz tem grande poder instrutório¹⁰¹. Contudo, como o sistema processual brasileiro tem grande semelhança com os sistemas alemão e italiano, leciona ALFREDO BUZOID que *bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo*¹⁰².

Como se vê, há intrínseca relação entre distribuição dos ônus da prova e o *non liquet*. Isso porque a proibição do *não decidir* decorre logicamente da norma constitucional que veda a exclusão da atuação do Poder Judiciário quanto à apreciação da lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV), fazendo com que os cidadãos tenham direito à prestação jurídica de mérito (CPC, art. 3º)¹⁰³.

É verdade que boa parte da Doutrina que verifica na face objetiva do ônus probatório somente o comando direcionado ao magistrado acerca da vedação ao *non liquet*, tem como pressuposto somente a aplicação da teoria de distribuição estática do ônus da

⁹⁹ PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 150.

¹⁰⁰ PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. *Op. cit.* p. 151

¹⁰¹ PACÍFICO. Luiz Eduardo Boaventura. *Op. cit.* p. 151.

¹⁰² BUZOID. *Ônus da prova*. In: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, Vol. 57, 1962. p. 130.

¹⁰³ Gilmar Mendes defende que, ao contrário dos direitos de defesa, os direitos à prestação exigem que o Poder Público atue comissivamente para o atingimento do direito do cidadão. (“*Se os direitos de defesa asseguram as liberdades, os direitos prestacionais buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades. Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil*” – MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 248).

prova. Isto é, tais autores repudiam, *a priori*, a possibilidade de o juiz, casuisticamente, atribuir o ônus de provar ao Autor ou ao Réu, daí porque não faria sequer sentido o juiz, antes de sentenciar, manifestar quais fatos deveriam ser provados por uma ou por outra parte. Afinal, a lei já havia estipulado quais provas o Autor deveria produzir e quais fatos o Réu deveria demonstrar.

No entanto, com a positivação da possibilidade de o magistrado inverter o ônus da prova, a questão tornou-se mais problemática. Desde a criação da disposição acerca da fixação dos pontos controvertidos, *i.e.*, da prolação de despacho saneador, a Doutrina já tem se preocupado com a limitação da função da norma do ônus da prova como regra de julgamento. Sobre o tema, JOÃO BATISTA LOPES, ancorado em CÂNDIDO DINAMARCO, lembra que o art. 331, do CPC/73, modificava o quadro, até então pouco debatido na doutrina¹⁰⁴.

O debate ganhou força com a promulgação do CDC. Mesmo assim, parcela da Doutrina não viu necessidade de se antecipar a decisão que distribuía o ônus da prova. Nesse sentido é o entendimento de, por exemplo, ARRUDA ALVIM¹⁰⁵, BARBOSA MOREIRA¹⁰⁶, CECÍLIA MATOS¹⁰⁷, LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO¹⁰⁸ e NELSON NERY JUNIOR¹⁰⁹. Para esses autores, o ônus da prova consiste em *norma de julgamento*.

Como não se trata de questão uníssona na Doutrina, abaixo serão apontados os fundamentos pelos quais parcela dos autores defende que a norma de distribuição do ônus da prova merece ser antecipada, ou seja, que o magistrado deve, no

¹⁰⁴ Citando Cândido Dinamarco, João Batista Lopes lembra que o autor defendia que ‘*ao exigir que o juiz antecipe os pontos que pretende ver provados, a lei está impondo a ele um momento de diálogo, no sentido em que este vem sendo incluído na órbita da garantia do contraditório. É dever do juiz, nesse momento, exteriorizar seu pensamento e deixar muito claro qual prova espera, referente a quais pontos. (A reforma do Código de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 136)*’ (LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp.47-48).

¹⁰⁵ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 966-967.

¹⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a prova*. in Revista de Processo, n. 35, Jul/Set, 1984. pp. 178-184.

¹⁰⁷ MATOS, Cecília. *O ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Dissertação de Mestrado apresentada em 1993 à Faculdade de Direito da USP. Orientação: Prof. Kazuo Watanabe, p. 216.

¹⁰⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 201.

¹⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 1, p. 217.

despacho saneador, verificar qual ponto controvertido incumbe ser provado pelo Autor ou pelo Réu.

3.2 Norma de procedimento

Como apontado, a norma de distribuição do ônus da prova tem intrínseca relação com a prolação de sentença, haja vista a vedação ao *non liquet*. Isso não induz, por outro lado, que a norma não tenha outra função.

Desde a vigência do CPC/73, parcela relevante defendia que antes mesmo da prolação da sentença, incumbia ao Juiz esclarecer às partes quais fatos cada uma delas teria o ônus de provar.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e RODRIGO XAVIER LEONARDO são exemplos daqueles que entendem que o melhor momento para se determinar a inversão do ônus da prova é na fase de saneamento do processo¹¹⁰ e ¹¹¹. Isso porque, de acordo com os autores, haveria violação ao contraditório e à ampla defesa acaso o ônus seja invertido somente em sentença.

É de se ressaltar também que, a partir do momento em que as partes sabem, previamente, quais fatos devem demonstrar para se desincumbir de seu ônus probatório, a probabilidade de se prolatar decisão surpresa diminui.

Afinal, *a priori* as partes saberão que deverão produzir provas de fatos determinados e, a partir disso, caberá ao juiz avaliá-las de acordo com o devido *standard* que cada uma merece. Isto é, o magistrado, diante do maior acervo probatório possível, deverá avaliar e sopesar racionalmente quais provas merecem maior credibilidade pelo Juízo, sem que nenhuma das partes seja prejudicada por inesperada inversão no momento da sentença¹¹².

¹¹⁰ É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus de que cada uma tem e adverti-las da consequência de eventual omissão. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, vol. III, pp. 82-83.)

¹¹¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 289-292.

¹¹² TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 135.

Contudo, se antes da sentença as partes não puderem saber, ao certo, quais fatos precisam demonstrar, ou se estará diante de acervo probatório menor (e portanto mais difícil de ser avaliado) ou as partes – porque não sabem quais fatos têm que demonstrar – irão pedir a produção de provas inúteis e protelatórias, o que não condiz com o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, que será mais bem abordado *infra*¹¹³.

3.3 Conclusão

Dessa forma, a partir da divergência doutrinária existente sobre as funções da norma de distribuição do ônus da prova e diante da alteração legislativa trazida pelo art. 373, §1º, do CPC/15, faz-se necessário aprofundar o estudo e propor que a norma de distribuição do ônus da prova seja observada por outra ótica, que não se debruça exclusivamente sobre o julgamento do processo ou sobre a produção da prova.

É o que se fará no próximo capítulo.

¹¹³ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 183-185.

4. A DUPLA FUNÇÃO DA NORMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como abordado no capítulo anterior, a Doutrina não é pacífica acerca da função da norma de distribuição do ônus da prova. É dizer: enquanto parcela relevante de Autores de renome acredita que o momento adequado para que o Juiz inverta o ônus da prova seja na prolação da sentença, outra parcela, que também conta com nomes de peso, acredita que a inversão do ônus deve ser promovida pelo juiz quando do saneamento do processo.

De todo modo, a Doutrina que antes se debruçava sobre a questão da inversão do ônus da prova – quase que completamente – sob a ótica do direito consumerista, desde a promulgação do CPC/15, agora deve analisar o tema tão somente sobre o processo civil ordinário. Isto é, a presunção de hipossuficiência técnica e econômica do consumidor sai de cena para ser substituída por uma análise mais apurada acerca da facilidade da produção daquela a depender do caso concreto.

Diante da mudança no panorama legal, é imperioso que se aprofunde a análise da função da norma de distribuição de ônus da prova, se de julgamento ou de procedimento, observando-a sobre uma ótica mais ampla, que não avalia individualmente a prolação de sentença ou a instrução do processo. É o que se fará abaixo.

4.1 Posição adotada

A partir do estudo da questão sobre as funções da norma de distribuição do ônus da prova, com atenção ao momento adequado para a prolação da decisão que incumbe a um litigante ou a outro o ônus de demonstrar determinado fato, adota-se a posição de que a norma tem dupla função.

Isto é, concorda-se com a Doutrina clássica que em um modelo puramente dispositivo, em que os poderes do Juiz para determinar a produção de certas provas sejam muito reduzidos, e cujos ônus de provar sejam previamente fixados pela Lei, é despiciendo que antes da prolação da sentença o Juiz se manifeste sobre esse ponto. Até porque a prolação de decisão que determina que o Autor prove os fatos constitutivos de seu

direito e que o Réu demonstre os fatos desconstitutos do direito do Autor viola a efetividade do processo por se tratar de provimento jurisdicional inútil¹¹⁴. Dessa forma, nesse tipo de sistema admite-se que a norma de distribuição de ônus da prova tem função pura de julgamento, no intuito de evitar o *non liquet* porque as partes previamente sabem qual seu ônus subjetivo de provar.

Contudo, o sistema de distribuição do ônus da prova adotado pelo CPC/15, como amplamente abordado neste trabalho, não é puramente estático. Ou seja, a promulgação da Lei com a presença do par. ún., do art. 373, que permite que o Juiz distribua os ônus diversamente do previsto nos incisos do referido art. 373, revela que a opção do legislador foi assemelhar o processo civil brasileiro ao processo civil espanhol.

Por outro lado, parece equivocado afirmar que a norma de distribuição do ônus da prova tenha função somente de procedimento, isto é, que serviria somente para sanear o processo de modo mais efetivo, de modo a garantir maior previsibilidade quanto ao *standard* probatório adotado pelo Juiz. Parece claro que ainda existe a possibilidade de que ainda haja dúvida quanto à realidade dos fatos, independentemente da qualidade – ou quantidade – da produção da prova. Desse modo, negar a função de julgamento da norma de distribuição do ônus da prova implicaria autorizar o *non liquet*, o que, como já afirmado anteriormente, contraria o texto constitucional.

Portanto, a posição adotada neste trabalho é a de que a norma de distribuição do ônus da prova tem dupla função – de julgamento e de procedimento. Ambas as funções não se confundem e merecem ser aplicadas na íntegra dos processos, determinando que o Magistrado, em cumprimento ao ônus objetivo da prova, explicita, no despacho saneador, quais são os fatos incontroversos e controvertidos, além de distribuir justificadamente o ônus da prova de acordo com cada um dos fatos controvertidos. Às partes caberá desincumbir-se do ônus subjetivo, sob pena de sofrer com o indeferimento de sua

¹¹⁴ NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY defendem que a razoável duração do processo depende da atuação conjunta de todos os participantes do processo, incluindo o Juiz (*Quanto à atitude e ao comportamento do juiz e do julgador administrativo, deve ter-se como preceito básico o princípio constitucional da eficiência do serviço público.* - NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 202). Apesar de os autores comentarem sob a ótica do princípio da eficiência do serviço público, é certo que a disposição do *caput* do art. 37, da CF, também pode ser interpretado como regra, contendo conduta proibitiva ao Juiz de se tomar providências inúteis à solução da lide.

pretensão. Abaixo serão abordados, brevemente, os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais para se justificar a posição adotada.

4.1.1 Fundamentos constitucionais para a adoção da posição

Com a criação das Constituições Modernas¹¹⁵, os novos Estados obrigaram-se a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos e, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, os Estados Democráticos de Direito que se formaram passaram a prever expressamente a necessidade de promoção da segurança jurídica. É esse o caso do Estado brasileiro, especialmente após 1988.

Ou seja, é possível perceber que a segurança jurídica é uma das muitas proteções garantidas pela Carta da República aos cidadãos brasileiros contra as arbitrariedades do Estado¹¹⁶. Do mesmo modo, a segurança jurídica é aplicável às relações entre cidadãos e o Estado com o intuito de assegurar a previsibilidade das ações estatais que possam atingir os direitos dos cidadãos¹¹⁷.

Nesse sentido, a positivação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova (no art. 373, par. ún.), possibilitando a inversão *ope judicis* do ônus da prova a depender da capacidade das partes de produzir determinada evidência sobre os fatos levados ao processo, aumenta o poder do Juiz na condução do processo, gerando certa dose de imprevisibilidade sobre ponto nevrálgico do processo.

No entanto, o aumento da imprevisibilidade e dos poderes de um membro do Judiciário deve ser contrabalanceado com o aumento da rigidez do procedimento processual em benefício das partes. Isto porque o aumento da rigidez procedimental, por meio da Lei e da legalidade, consiste em defesa do cidadão contra arbitrariedades do Estado¹¹⁸.

¹¹⁵ A concepção moderna de Constituição é definida por José Joaquim Gomes Canotilho como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.” (CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52).

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto, *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 218.

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 85 e ss.

¹¹⁸ Ruy Cirne Lima ensina que apenas os atos administrativos que impõem encargos aos cidadãos merecem ter fundamento legal, como é o caso da decisão judicial. (LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª edição, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 46).

A legalidade, extraída de inúmeros artigos da Constituição Federal (art. 5º, II; art. 37, *caput*; dentre outros), portanto, serve como um *elemento de liberalismo no regime administrativo*¹¹⁹, a fim de garantir maior previsibilidade das ações tomadas em face dos cidadãos. O *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal, por exemplo, apesar de prever expressamente o cumprimento apenas do princípio da legalidade, não está restrito a ele. Assim, existe uma regra naquela disposição, contendo conduta proibitiva aos Poderes do Estado (no qual o Judiciário se inclui), qual seja: agir em desacordo com a Lei¹²⁰.

Desse modo, a aplicação do art. 373, §1º, só pode ocorrer mediante decisão fundamentada prévia à sentença, pois, caso contrário, os conteúdos finalísticos da norma da legalidade (proteção dos cidadãos contra arbitrariedades do Estado), da norma do contraditório (prévia manifestação da parte antes da tomada de decisão) e da norma da segurança jurídica (garantia de estabilidade e previsibilidade das ações do Estado) serão violados.

Isto é, ao mesmo tempo em que se permite que o Juiz altere a distribuição corriqueira do ônus de demonstrar os fatos, a melhor interpretação da Lei exige que isso seja feito sem surpresas e a tempo de que o litigante possa influir no julgamento do processo, sob pena de cerceamento de defesa do prejudicado e de prejuízo à segurança jurídica.

Mas há mais. Além do art. 5º, LV, da CF, a conduta que retira da parte a possibilidade de influir no julgamento do processo viola também o direito fundamental à propriedade (CF, art. 5º, *caput* e LIV) porque, ao final, a parte que não teve a referida oportunidade poderá ter seus bens expropriados sem que pudesse, efetivamente, participar do processo. Isso porque, como abordado no capítulo introdutório, a interferência do Estado na propriedade do indivíduo, por meio da expropriação estatal, pressupõe prévia Lei promulgada por órgão competente, bem como sua rigorosa aplicação por parte do Estado. Afinal, trata-se de pressuposto o fato de que a propriedade, em se tratando de direito fundamental, não deve

¹¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1, p. 18.

¹²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello defende, citando Michel Stassinopoulos, que a Administração Pública não pode agir *contra legem* ou *praeter legem*, apenas *secundum legem*. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 72).

ser restringida, por quem quer que seja, sem que haja o respeito à Lei, nos termos previstos pela Carta Maior.

Portanto, antes de inverter o ônus da prova, a Constituição determina que o Magistrado, em decisão fundamentada e específica, deixe claro para as partes quais fatos controvertidos devem ser provados por cada uma delas. Caso contrário, o processo estará em dissonância com as normas da legalidade, contraditório, segurança jurídica e propriedade.

Assim, mostra-se clara a função de procedimento da norma sobre o ônus da prova.

Como já afirmado anteriormente, essa característica procedimental da norma sobre ônus da prova não lhe retira sua função de julgamento, cujos fundamentos constitucionais serão abordados abaixo.

Para demonstrar os fundamentos constitucionais da função de julgamento da norma sobre ônus da prova, é preciso observar, de modo sintético, as características das funções que foram atribuídas ao Poder Judiciário pelo vigente ordenamento constitucional.

O Estado brasileiro adota (mas nem sempre adotou) a tradicional divisão dos Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, elaborada por MONTESQUIEU em seu *O espírito das leis*. Com efeito, a divisão dos poderes é essencial para a prevenção do arbítrio¹²¹ e a divisão funcional entre os Poderes serve para dar maior racionalidade ao Estado e, também, para que um Poder funcione como contrapeso ao outro¹²². De todo modo, a princípio, a Constituição atribuiu ao Executivo a função de administrar o Estado, ao Legislativo a de criar as Leis e ao Judiciário a função jurisdicional¹²³.

¹²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. 37ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 160.

¹²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 108

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 109

Essa função jurisdicional consiste em resolver as situações conflituosas com estrita observância do ordenamento jurídico¹²⁴ e ¹²⁵. Ou seja, é defeso ao Poder Judiciário criar Leis, tendo somente a função de aplicá-las para solucionar os conflitos que lhe são trazidos.

Dessa forma, a proibição do *non liquet* tem fundamento constitucional e pode ser extraída do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe sobre a inafastabilidade do Poder Judiciário. Portanto, uma vez que o conflito é trazido para o Poder Judiciário, incumbe a ele solucioná-lo¹²⁶ de um modo ou de outro. A esse respeito, lembra-se que no plano do mundo jurídico, o Juiz aplicará a norma incidente em estrita observância aos suportes fáticos que se completaram no caso. Contudo, no mundo dos fatos, a situação conflituosa nem sempre é tão clara e, não raras vezes, é obscuro afirmar quais fatos aconteceram e quais não aconteceram. Daí porque a norma sobre distribuição do ônus da prova se faz essencial para que o conflito seja resolvido.

Como se vê, a existência da norma de distribuição do ônus da prova tem intrínseca relação com as funções inerentes ao Poder Judiciário, tal como descritas na Constituição Federal. Dessa forma, não há como negar a existência de fundamentos constitucionais para que à norma de distribuição do ônus da prova seja atribuída função de julgamento.

Portanto, o ordenamento constitucional indica que a norma sobre distribuição do ônus da prova tem função dúplice, servindo como parâmetro para instruir o processo e para decidir a causa.

¹²⁴ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 193-194.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 553-554.

¹²⁶ O ex-Ministro do STF, Carlos Ayres Britto, em seu voto no HC nº 91.352/SP (Rel. Ministro Menezes Direito, Pleno, j. em 28.2.2008) consignou que: *e ao Legislativo não se pode impor a obrigação de legislar, ao Judiciário se impõe, sim, a obrigação de julgar. É proibido, no âmbito do Judiciário, a formulação daquele juízo de non liquet, de não resolver a causa. O juiz de qualquer instância, o Tribunal de qualquer natureza tem que solver a questão, liquidar a questão para corresponder a esse prestígio máximo que a Constituição lhes deu ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]*

4.1.2 Fundamentos infraconstitucionais para a adoção da posição

É certo que todos os fundamentos constitucionais apontados anteriormente para se demonstrar a existência da dupla função da norma de distribuição de ônus da prova encontram alicerces correspondentes no ordenamento infraconstitucional. Por isso, este capítulo não se debruçará sobre legalidade, segurança jurídica, contraditório ou funções do Poder Judiciário. Assim, serão analisados outros pontos que corroboram a conclusão alcançada anteriormente.

Em primeiro lugar, a função procedimental da norma de distribuição do ônus da prova pode ser extraída da possibilidade de interposição imediata de recurso em face da decisão que inverte o ônus da prova (CPC, art. 1.015, XI). Como se sabe, o CPC/15 adotou o sistema de preclusão diferida para as decisões interlocutórias, fazendo com que a interposição de agravo de instrumento seja medida excepcional e em hipóteses específicas. Isso fez com que a Doutrina, apesar de respeitar a opção tomada, fizesse duras críticas à escolha do legislador¹²⁷.

De todo modo, uma das restritas hipóteses em que é garantida à parte a interposição imediata de recurso é a prolação de decisão que inverte o ônus da prova. Ora, se o agravo de instrumento é o recurso cabível em face de decisões interlocutórias (CPC, art. 1.015, *caput*), e se cabe agravo de decisão que inverte o ônus da prova, por consequência lógica, a decisão que inverte o ônus da prova só pode ser interlocutória.

Trata-se de silogismo básico que demonstra que o legislador pretendeu que a alteração *ope judicis* da regra geral do ônus da prova seja realizada somente em decisão interlocutória, e não em sentença. Essa escolha, em atenção à norma do contraditório, vai ao encontro da vedação à decisão surpresa (CPC, arts. 9º e 10), já abordada anteriormente neste trabalho.

¹²⁷ Por exemplo: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das interlocutórias e sistemas de preclusões no novo CPC – primeiras impressões* in Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 65, Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2015, pp. 22-66); BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 653-654; e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento* in <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>.

É dizer, o legislador ordinário, por prever a possibilidade de apresentação imediata de recurso da decisão que inverte o ônus da prova, presumiu que a norma de distribuição do ônus da prova tem função de procedimento e que a análise de recurso contra essa decisão não poderia esperar por outro momento.

Dessa forma, o reconhecimento da função de procedimento da norma de distribuição do ônus da prova colabora para que sentenças não sejam anuladas, com fundamento no cerceamento de defesa da parte, e para que o processo não retroceda¹²⁸. Também contribui para o cumprimento da máxima eficiência dos meios probatórios¹²⁹, impedindo que as partes requeiram diligências inúteis a demonstrar fatos que, de acordo com o juiz, não são controvertidos ou que não lhes incumbe demonstrar.

A função de julgamento, por sua vez, é retirada de maneira muito mais evidente do texto infraconstitucional. Afinal, há disposição legal expressa tanto no CPC/15, quanto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42). Dispõe o art. 140, do CPC/15, que *O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico*. Da mesma forma, o art. 4º, da LINDB, determina que *Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*.

A partir de ambas as disposições verifica-se a existência de regras infraconstitucionais de conduta proibitiva aos membros do Poder Judiciário que poderia ser resumida por *é proibido não decidir*. E a Jurisprudência das Cortes Superiores também não questiona a vedação constitucional e legal do *non liquet*^{130 e 131}, sempre fazendo referência à *missão constitucional do Poder Judiciário*.

¹²⁸ Sobre o ponto, importante ressaltar o voto da Min. Nancy Andrighi no julgamento do Tema 988. Segundo ela, *Está na raiz etimológica de “processo”, derivada do latim “procedere”, que se trata de palavra ligada a ideia de percurso e que significa caminhar para frente ou marchar para a frente. Se processo fosse marcha à ré, não se trataria de processo, mas de retrocesso e essa constatação, apesar de parecer pueril, está intimamente ligada à ideia de urgência no reexame de determinadas questões.* (STJ - REsp 1.704.520/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 05/12/2018).

¹²⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 186-187.

¹³⁰ Da Jurisprudência do STF extrai-se os seguintes julgados, com caráter meramente exemplificativo: HC nº 91.352/SP, Rel. Ministro Menezes Direito, Pleno, j. 28.02.2008; HC nº 91.041/PE, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, j. 05.06.2007; RE nº 377.040/RS, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 28.03.2003; HC nº 93.443/RJ, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 29.04.2008.

¹³¹ Da Jurisprudência STJ extrai-se os seguintes julgados, com caráter meramente exemplificativo: AgInt nos EDcl no REsp 1.741.684/PA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 14.05.2019; REsp

Portanto, as normas infraconstitucionais corroboram a posição de que a norma de distribuição do ônus da prova tem função dupla, servindo tanto para instruir o processo quanto para evitar o *non liquet* nas hipóteses em que, mesmo após a fase instrutória, ainda há dúvidas sobre os fatos que permeiam o processo.

4.2 Conclusão

Tendo em vista o brevemente exposto acima, admitir a duplicidade de funções da norma de distribuição do ônus parece corroborar com o ordenamento constitucional e infraconstitucional de maneira mais natural do que admitir a existência de uma ou outra função para a referida norma.

Isto é, observando a legalidade, o contraditório, a segurança jurídica, a propriedade, a vedação constitucional ao *non liquet* por se tratar da função precípua do Poder Judiciário, a possibilidade de interposição imediata de recurso contra a decisão que inverte o ônus da prova e as vedações do CPC, da LINDB e da Jurisprudência ao *non liquet*, foi possível que concluir que ambas as características (de procedimento e de julgamento) estão presentes na norma de distribuição do ônus da prova.

Isso leva à conclusão de que o despacho saneador, no vigente ordenamento processual, assume importância ainda maior do que no CPC/73. Afinal, será nesse momento que o Juiz se debruçará sobre os fatos aduzidos no processo e verificará quais são os fatos controvertidos. A partir disso, incumbe ao Juiz distribuir, de maneira clara e justificada, o ônus da prova, aplicando o art. 373, *caput*, incisos e §1º, do CPC/73.

Evidentemente, a conclusão aqui exposta não se aplica nos processos em que inexistem fatos controvertidos e/ou a solução da lide pode ser alcançada por meio de interpretação jurídica dos fatos apresentados pelas partes. Nesses casos, a produção da prova não tem tanta relevância e, por isso, deve-se prestigiar a celeridade do processo. Isto é, a norma de distribuição do ônus da prova, tal como elaborada pelo CPC/15, não inviabiliza o

juízo antecipado da lide nas hipóteses previstas no ordenamento, mas antes confirma e prestigia sua utilização nos casos em que a elucidação dos fatos mostra-se despicienda.

Acaso a distribuição só seja realizada em sentença, a parte prejudicada poderá arguir cerceamento de defesa, uma vez que surpresas não são mais admissíveis no contemporâneo Processo Civil. Ao contrário, a adoção do procedimento acima citado, no qual o Juiz, em consonância com a teoria de distribuição estática do ônus da prova e com a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, observa os fatos controvertidos e adverte expressamente as partes a quem incumbe provar qual fato, só colabora com a prolação de decisão de mérito justa e efetiva que se espera do Poder Judiciário.

5. CONCLUSÃO

Neste último ponto serão recapituladas as conclusões alcançadas ao fim de cada um dos capítulos do presente trabalho para se responder ao questionamento principal do trabalho, qual seja, o ônus da prova deve ser distribuído somente na sentença ou em decisão interlocutória prévia que guia a fase instrutória do processo?

No segundo capítulo foi apresentado breve histórico sobre as teorias de distribuição do ônus da prova, citando alguns de seus principais doutrinadores. Em primeiro lugar, discorreu-se acerca da Teoria de distribuição estática do ônus da prova, tal como elaborada por CHIOVENDA e aprofundada por ROSENBERG e MICHELI. Contudo, a teoria sofreu duras críticas, em especial da Doutrina argentina que, por meio de PEYRANO, elaborou a Teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, que, por sua vez, não foi imune a críticas de parcela relevantíssima da Doutrina.

De todo modo, o CPC/15 adotou ambas as teorias. No *caput* e incisos do art. 373, está positivada a Teoria de distribuição estática do ônus da prova, enquanto que o §1º, do art. 373, adotou a Teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

A partir dessa análise foi possível concluir que, tomadas separadamente, as teorias de distribuição do ônus da prova têm defeitos muito complexos a serem resolvidos, uma vez que, tomadas isoladamente, ambas as teorias são imperfeitas. Isso porque a teoria de distribuição estática do ônus da prova, apesar de gerar previsibilidade quanto aos ônus de cada parte, ignora a capacidade de a parte produzir determinada prova, podendo gerar injustiças inadmissíveis em nosso sistema. De outro modo, a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, ao observar tão somente a capacidade de um ou de outro de produzir determinada prova pode acarretar surpresas e instabilidades que não coadunam com o sistema processual inaugurado pela CF/88.

No terceiro capítulo foram observadas as funções que a Doutrina atribui à norma de distribuição do ônus da prova, se de julgamento ou de procedimento. Demonstrou-se que a função de julgamento é amplamente aceita pelos autores, que dão suma importância à norma por sua característica de evitar o *non liquet*. Por outro lado, a função de

procedimento, apesar de encontrar respaldo em renomados autores, sofre alguma resistência de parte da Doutrina.

Como consequência dessa análise foi possível perceber que, em verdade, a norma de distribuição do ônus da prova tem função dúplice no ordenamento brasileiro. Isso foi demonstrado por meio da interpretação da Constituição Federal, bem como das disposições infraconstitucionais que corroboram a posição adotada neste trabalho. Afinal, a legalidade, o contraditório, a segurança jurídica, a propriedade, a vedação constitucional ao *non liquet* por se tratar da função precípua do Poder Judiciário, a possibilidade de interposição imediata de recurso contra a decisão que inverte o ônus da prova e as vedações do CPC, da LINDB e da Jurisprudência ao *non liquet*, impedem que se atribua somente uma função à norma de distribuição do ônus da prova.

Diante de tudo que foi apresentado nesta monografia a solução a que se chega é que, em havendo controvérsia sobre os fatos relevantes à solução da lide, caberá ao Magistrado, em colaboração com as informações trazidas pelas partes – a quem compete se desincumbir de seu ônus subjetivo –, distribuir o ônus da prova em despacho saneador, levando em conta ambas as teorias de distribuição do *onus probandi*. Ao final da fase instrutória, acaso ainda haja dúvida acerca dos fatos, o Juiz – atuando em consonância com o ônus objetivo da prova que lhe é atribuído – observará o despacho saneador, decidirá o caso concreto verificando qual fato não foi demonstrado e a quem incumbia tal prova, mediante a aplicação dos *standards* probatórios.

Esse procedimento está em consonância com o contraditório e a ampla defesa, impedindo a prolação de decisão que surpreende as partes e homenageia a Segurança Jurídica, valor essencial ao Estado Democrático de Direito.

6. BIBLIOGRAFIA

ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Aberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 3. ed. correta e atual. São Paulo: Max Limonad, 1968.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1997.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do consumidor comentado*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. 14. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015. pp. 102 e 164

_____. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Conceito: identificação e conexão de causas no direito processual civil*. São Paulo : s.cp., 1967.

_____. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juiz e a prova*. in Revista de Processo, n. 35, Jul/Set, 1984.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZAID. *Ônus da prova*. In: Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, Vol. 57, 1962

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*. Revista Dialética de Direito Processual nº 31, outubro de 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, 9ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova, Cedam, 1936.

CARPES, Arthur, *Ônus Dinâmico da Prova*, 1ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.

CHIOVENDA, Guisepe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. 3. Ed. Napoli; Jovene, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. revista e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: GZ Editora, 2009.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1988.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ªed., Saraiva, São Paulo, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. 37ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

GRAU, Eros Roberto. In <https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,eros-grau-um-peixe-fora-dagua-no-stf,376758>.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini, Apresentação Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

KARAM, Munir, *Princípio Distributivo do Ônus da Prova na Organização Judiciária Romana*. Revista de Processo, v. 24/1981.

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

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, nº. 3, 1962.

LEONARDO. Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª edição, revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARKY, Thomas, *Curso de Instituições de Direito Romano*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATOS, Cecília. *O ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP. Orientação: Prof. Kazuo Watanabe.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENNA, Mariano. *Logica e fenomenologia dela prova*. Napoli: Jovene, 1992.

MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1966.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao código de processo civil*, 1ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor*. In Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 1

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEYRANO, Jorge Walter. *Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*. In: WHITE, Inés Lepori (Coords.) *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: RubinzalCulzon, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. 1ª ed. atual. por Nelson Nery Junior, Georges Abboud. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PUOLI, José Carlos Baptista. *O ônus da prova e sua Distribuição dinâmica no novo código de processo civil*. In: *O novo código de processo civil: questões controvertidos*. São Paulo: Atlas, 2016.

ROSENBEERG, Leo. *La carga de la prueba*. Trad. Espanhola por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 3. Ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: Ejea, 1956.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das interlocutórias e sistemas de preclusões no novo CPC – primeiras impressões in* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 65, Porto Alegre: Magister, mar./abr. 2015, pp. 22-66).

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. I, Tomo I, 8ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STF – HC nº 91.352/SP, Rel. Ministro Menezes Direito, Pleno, j. 28.02.2008.

_____, HC nº 91.041/PE, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Ministro Carlos Britto, 1ª Turma, j. 05.06.2007.

_____. RE nº 377.040/RS, Rel. Ministro Moreira Alves, j. 28.03.2003; HC nº 93.443/RJ, Rel. Ministra Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. 29.04.2008.

STJ – AgInt nos EDcl no REsp 1.741.684/PA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 14.05.2019

_____. Medida Cautelar nº 14.589/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 19.08.2008

_____. REsp 1.704.520/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 05/12/2018.

_____. REsp 1.549.467/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. 13/09/2016;

_____. REsp 840.690/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 19.08.2010

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto, 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ampliação do cabimento do recurso de agravo de instrumento* in <https://www.conjur.com.br/2017-jul-18/paradoxo-corte-ampliacao-cabimento-recurso-deagravo-instrumento>