

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

COGEAE – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

FELIPE GAZZI BERTAN

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

São Paulo
2013

FELIPE GAZZI BERTAN

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Monografia, apresentada como parte das atividades necessárias para a obtenção da aprovação no curso de Especialização em Direito Processual Civil da Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE.

Professor orientador: Sidney Palharini Júnior.

São Paulo
2013

Às pessoas que estão sempre
presentes em minha vida.

RESUMO

A presente monografia trata em seu conteúdo da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Para tanto é realizada uma breve análise a respeito dos dispositivos legais que tratam dos aspectos gerais das provas no Código de Processo Civil. Após esse primeiro ponto, inicia-se a abordagem do ônus probatório, em especial, mencionando-se o objetivo de sua utilização e as regras gerais aplicáveis ao tema. Em seguida, são demonstradas as hipóteses de inversão do ônus da prova existentes e, em continuação, menciona-se os posicionamentos a respeito do momento para a distribuição do ônus da prova. Por fim, analisa-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e o texto do Projeto do Novo Código de Processo Civil. Conclui-se que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é um instrumento relevante para o fim de viabilizar a produção de prova pela parte que possui melhores condições de produzi-la, em especial, quando esta é determinada em momento anterior ao julgamento da causa, em atendimento ao princípio constitucional do devido processo legal.

Palavras-chave: Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Momento da distribuição do ônus da prova. Ônus da prova. Projeto do Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT

This monograph addresses the theory of dynamic distribution of the burden of proof. Therefore a brief analysis about the legal provisions that deal with the general aspects of the evidence in the Code of Civil Procedure is done. Subsequently, begins the approach of the probatory burden, in particular mentioning the purpose of its use and the general rules applicable to the subject. After it, the existing hypothesis of inversion of the burden of proof are described, and continuing, the positioning concerning the moment for distribution of the burden of proof are mentioned. Finally, the theory of dynamic distribution of the burden of proof and the text of the Project of the New Code of Civil Procedure are analyzed. The conclusion is that the application of the theory of dynamic distribution of the burden of proof is an important instrument for the purpose of enabling the production of evidence by the part that has the best conditions to produce it, especially when it is determined before of the moment of the judgment, in compliance with the constitutional principle of the due process of law.

Keywords: Theory of dynamic distribution of the burden of proof. Inversion of the burden of proof. Moment of the distribution of the burden of proof. Burden of proof. Project of the New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ASPECTOS GERAIS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	8
2 ÔNUS DA PROVA.....	13
3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	20
4 MOMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	24
5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	30
6 PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	37
CONCLUSÃO	43
BIBLIOGRAFIA.....	47

INTRODUÇÃO

Por início, vale mencionar que o presente trabalho acadêmico objetiva em seu decorrer analisar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Para tanto, inicia-se com a explanação de aspectos gerais da prova no Código de Processo Civil.

Entre outros pontos, menciona-se algumas características dos dispositivos que tratam das provas no Código de Processo Civil, como a existência de um rol exemplificativo de meios de prova. Além disto, denota-se também a importância da existência de regras prévias ao ingresso da ação sobre o tema, o que se coaduna com a ordem constitucional vigente, em especial, em relação ao princípio do devido processo legal.

Num outro momento, aborda-se a temática do ônus da prova, demonstrando-se assim a relevância da existência de tais regras de distribuição do ônus da prova, visando assim evitar o *non liquet*, regras estas que possibilitam o julgamento da causa pelo juiz, ainda quando esta não estiver devidamente instruída ou quando não tiver o juízo plena convicção de sua decisão pelos elementos constantes dos autos.

Outrossim, ainda nesse tópico, serão também demonstradas as previsões legislativas contidas no Código de Processo Civil, as quais servem como regras gerais sobre o tema do ônus da prova.

Logo após, inicia-se a apreciação da inversão do ônus da prova, sendo mencionado as suas espécies, a saber, a inversão legal, a convencional e a por

determinação judicial. Em complemento, este capítulo visa trazer ao texto entendimento de jurisprudência e entendimento da doutrina especializada no tocante ao tema da inversão do ônus da prova.

Prosseguindo no texto, tem-se o capítulo que trata do momento da distribuição do ônus da prova. Nesse capítulo, tem-se como base a discussão a respeito de qual seria o momento adequado para que o juiz aplicasse as regras do ônus probatório, em especial, quando ocorrer as hipóteses de inversão do ônus probatório e, também, nos casos de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Analisando-se assim os posicionamentos existentes e a tendência do entendimento de jurisprudência.

No capítulo seguinte, tem-se a análise da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, mencionando-se nesse tópico as diversas nomenclaturas adotadas, o objetivo desta, a possibilidade de sua aplicação no ordenamento atual e demais aspectos relevantes relacionados com a temática proposta, em especial, com a menção de posicionamentos de estudiosos sobre o tema.

Por fim, o presente texto acadêmico trata dos dispositivos relacionados com o ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil, atualmente em trâmite perante a Câmara dos Deputados Federais (Projeto de Lei 8.046/2010), destacando as modificações existentes em relação ao texto do Código de Processo Civil vigente e a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no texto do Projeto.

1 ASPECTOS GERAIS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Por início, é válido mencionar que o Código de Processo Civil vigente regulamenta a temática das provas nos seus artigos 332 a 443, sendo que trata de disposições gerais e das provas em espécie.

No presente estudo, tem-se como objetivo a análise de aspectos relevantes sobre o tema do ônus probatório, tais como, a inversão do ônus probatório, o momento desta inversão e a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório.

Em complemento, vale ressaltar que será apreciado ainda o Anteprojeto do Código de Processo Civil no que se refere ao tema estudado, trazendo-se ao texto, desta forma, os elementos que até então constam no Projeto e que eventualmente poderão reger o tema do ônus probatório, caso aprovado dessa forma pelo Congresso Nacional.

Inicialmente, é importante mencionar que o Código de Processo Civil traz um rol exemplificativo de meios de provas, a saber, depoimento pessoal (artigos 342 a 347, do Código de Processo Civil), confissão (artigos 348 a 354, do Código de Processo Civil), exibição de documento ou coisa (artigos 355 a 363, do Código de Processo Civil), prova documental (artigos 364 a 399, do Código de Processo Civil), prova testemunhal (artigos 400 a 419, do Código de Processo Civil), prova pericial (artigos 420 a 439, do Código de Processo Civil) e inspeção judicial (artigos 440 a 443, do Código de Processo Civil).

Em cada uma destas seções traz as especificidades dos meios de prova, por exemplo, no artigo 401, do Código de Processo Civil, onde há a menção de que a prova exclusivamente testemunhal apenas seria admitida nos contratos de valor não superior a 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Quanto às disposições gerais, primeiramente é importante notar que, como já afirmado, o rol dos meios de prova é um rol exemplificativo, haja vista que o próprio Código de Processo Civil traz em seu conteúdo, como regra geral, que é admissível todos os meios legais de prova e também os moralmente legítimos, ainda que não especificados no codificação.

Nesse sentido, tem-se o artigo 332, do Código de Processo Civil, senão vejamos:

“Artigo 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

Corroborando o acima exposto:

“As provas podem ser típicas ou atípicas, pois o CPC (art. 332) deixa claro que o rol da provas tipificadas (nominadas ou especificadas) pelo Código é meramente exemplificativo. A prova emprestada, os indícios, as declarações escritas de terceiros, a perícia extrajudicial, o comportamento da parte como meio de prova são exemplos de meios probatórios atípicos.”¹

Ademais, tem-se que a análise das disposições gerais sobre as provas, contidas nos artigos 332 a 341, do Código Processo Civil, são primordiais para o estudo do ônus probatório, em especial, no tocante ao artigo 333, do Código de Processo Civil, o qual será apreciado mais a frente no texto.

¹ DESTEFENNI, Marcos. *Processo civil: individual e coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 256.

De todo modo, preliminarmente, tem-se que os dispositivos que tratam das regras básicas do tema das provas no código processual servem como um guia para as partes e para o magistrado, definindo, desse modo, a forma de proceder das partes no tocante a produção da prova dos fatos que foram alegados, os quais ou confirmam a pretensão ou pretendem afastá-la.

No entanto, percebe-se também que as disposições gerais guiam o magistrado no proceder da ação, por exemplo, definindo qual é o momento adequado para que o juiz determine que as partes produzam as provas, definindo o caso em que a expedição de carta precatória e rogatória suspenderão o processo e etc.

Nessa vertente, nota-se que as regras básicas sobre as provas visam definir a forma de condução do processo pelo magistrado em relação ao tema, além de definir a forma de atuação das partes no processo.

Nesse sentido, as partes já sabem de antemão quais as regras gerais que regem a temática das provas, podendo assim prever quando deverão produzi-las, quando esta é obrigatória e quais fatos dependem ou não de prova.

Todos estes elementos objetivam trazer segurança jurídica ao processo, afinal, as partes de antemão já podem definir suas estratégias de condução do processo em relação às suas alegações.

Outrossim, a prévia definição das regras, o contraditório necessário das provas e a ampla possibilidade de provar o alegado figuram como elementos que asseguram o respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, princípios estes previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e que permeiam toda a legislação pátria.

Nesse sentido, importante trazer a este trabalho o entendimento de José Afonso da Silva a respeito do direito ao devido processo legal, o qual também cita José Frederico Marques nessa passagem, senão vejamos:

“O princípio do *devido processo legal* entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo*, e ‘quando se fala em *‘processo’*, e não simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais’, conforme autorizada lição de Frederico Marques.”²

Dessa forma, nota-se que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa são corolários do processo civil atual e que devem ser respeitados nos atos realizados para o fim de que o processo possa alcançar seu objetivo de pacificação social e prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, observa-se que José Roberto dos Santos Bedaque menciona que o devido processo legal regulado pelo Código de Processo Civil e por leis extravagantes deve seguir os ditames previstos na ordem constitucional, conforme se depreende do seguinte trecho:

“O devido processo legal regulado pelo Código de Processo Civil e por leis extravagantes deve observar o modelo previsto na Constituição, ao qual podemos denominar ‘devido processo constitucional’. *Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos processuais, vedação de provas ilícitas*, são regras maiores, de nível constitucional, cuja observância é imposta ao legislador ordinário.”³

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013. Págs. 433-4. Referência na obra citada: FREDERICO MARQUES, José. *O artigo 141, §4º, da Constituição Federal*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Ceará 16. Pág. 71.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e técnica processual*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. Págs. 492-3.

Passada essa breve exposição sobre aspectos gerais da prova no Código de Processo Civil, pode-se, nesse momento, iniciar a análise do tema do ônus da prova de forma de mais detida.

2 ÔNUS DA PROVA

Inicialmente, convém esclarecer que, a princípio, o ônus da prova é definido para o fim de possibilitar a atuação das partes no processo, além de fornecer elementos para que o magistrado possa julgar até mesmo quando a parte que possuía o ônus de provar se absteve de apresentar as provas dos fatos alegados.

Tal regra visa evitar o *non liquet*, ou seja, o juiz não poderá se eximir de sentenciar, por não ter formado convicção sobre o tema. Diante destes fatos, ausência de prova ou ausência da convicção pelo juiz sobre determinado tema, tem-se que o juiz, *a priori*, poderá requerer providências para o fim de instruir o processo, com base nos poderes instrutórios do juiz, conforme artigo 130, do Código de Processo Civil, ou, ainda, poderá se utilizar das regras de definição da distribuição do ônus da prova para o fim de julgar a ação em desfavor daquele que não se desincumbiu de seu ônus.

Nessa vertente, observa-se que ônus é uma terminologia diversa do dever, com significados distintos, por esse motivo, faz-se necessário a diferenciação destes institutos para o fim de se ter uma melhor compreensão do tema.

No ônus a parte possui a faculdade de realizar ou não o ato que lhe incumbe, sendo ciente de que não realizado o ato poderá sofrer as consequências adversas decorrentes da sua inação. Nota-se que a parte adversa na lide não possui meios processuais para compelir que a outra parte se desincumba de seu ônus, pois quem sofrerá os efeitos adversos será apenas a parte que deixou de realizar sua faculdade.

Já no tocante ao dever ou obrigação, tem-se que a outra parte possui um direito que vem sendo desrespeitado, assim, não há se falar em faculdade, mas sim na obrigação de realizar o ato específico ou compensatório com a finalidade de assegurar o direito da parte prejudicada, havendo, nesse caso, instrumentos processuais disponíveis para forçar o adimplemento do dever ou da obrigação.

É nesse sentido que se manifesta a doutrina, conforme segue:

“Ônus processual é a situação em que a prática de determinado ato leva a parte a obter determinado efeito processual ou impedir que ele ocorra. O conceito de ônus não equivale ao de dever. Dever é a obrigação, a que, no outro pólo da relação jurídica, corresponde um direito. O descumprimento do dever ou da obrigação gera o direito oposto da prática coativa da conduta ou acarreta uma sanção, específica ou condenatória. Ônus é a oportunidade de agir, prevendo a lei, no caso de omissão, determinada consequência jurídica que a parte escolhe livremente. Ao outro sujeito da relação jurídica não é dado o poder de compelir o titular do ônus a agir. Só a este cabe decidir se atua ou não, aceitando os efeitos da ação ou omissão.”⁴

Em suma, é válido esclarecer que, de acordo com a própria terminologia, o fato de provar é um ônus e não um dever da parte a quem esta prova interessar, sendo assim, é uma faculdade da parte a quem a prova interessar, assumindo essa o risco pela sua não realização. Ainda nesse sentido, tem-se:

“Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.”⁵

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, volume 2: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais). 19ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 13.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, Volume I, 47ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007. Pág. 478.

Nota-se, diante do exposto, que as regras de ônus da prova influenciam, de modo evidente, no comportamento processual das partes, pois a compreensão correta destas, permite que as partes da relação processual possam utilizar de todos os meios de prova aceitos para o fim de se desincumbirem de seu ônus e, dessa forma, lograrem êxito em seus objetivos no processo.

De forma específica no Código de Processo Civil, as regras gerais a respeito do ônus provatório encontram-se previstas no artigo 333 do referido Diploma legal. Sendo válido nesse momento a transcrição na íntegra do texto do dispositivo legal:

“Artigo 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I – quando recair sobre direito indisponível da parte;

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

Desse modo, tem-se que no inciso I, do artigo transcrito, menciona-se a hipótese de incumbir ao autor o ônus da prova de fato constitutivo de seu direito. Para melhor esclarecimento, Cassio Scarpinella Bueno define fato constitutivo da seguinte forma: “Fato constitutivo é o suporte fático a partir do qual pretende o autor a tutela jurisdicional de seu direito. Ele é extraído da ‘causa de pedir’”⁶.

Já no inciso II, trata-se do ônus da prova do réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Conforme, novamente, o entendimento do supracitado autor, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário, 2: tomo I – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 282.

“São os *novos* fatos que o réu pode, em contestação, alegar em detrimento da posição jurídica sustentada pelo autor e que, uma vez acolhidos, têm o condão de levar à rejeição do pedido de tutela jurisdicional tal qual formulada pelo autor. Trata-se [...] de ‘defesas *substanciais indiretas*’”.⁷

Como última parte do dispositivo legal previsto no Código de Processo Civil, tem-se o parágrafo único do artigo 333. Nesta parte final do dispositivo, percebe-se que é nula a convenção para distribuição diversa do ônus da prova quando recair sobre direito indisponível (inciso I) ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (inciso II).

Importante ressaltar, nesse ponto, que a distribuição diversa das regras do ônus da prova é autorizada pelo Código de Processo Civil, bastando para tanto uma interpretação a *contrario sensu* do dispositivo, ou seja, é viável a distribuição do ônus da prova por convenção das partes sempre que, além de se tratar de direito disponível da parte, não se torne excessivamente difícil a realização da prova.

Essa análise preliminar do texto legal se faz necessária para que haja uma sistematização do assunto em questão.

Conforme já mencionado, entende-se que estas regras visam evitar o *non liquet*, ou seja, a partir desse primado, o juiz não pode se eximir de julgar a causa alegando ausência de substrato suficiente para formação de seu convencimento.

Nessa vertente, tem-se a seguinte doutrina:

“Há casos em que, depois de encerrada a instrução, o juiz não consegue apurar os fatos, a verdade não aflora. Como não é possível que ele se exima de sentenciar (*non liquet*), a lei formula, no art. 333 do CPC, algumas **normas técnicas de julgamento: são as regras do ônus da prova, dirigidas ao juiz, que as deve aplicar quando os fatos não puderem ser esclarecidos**. Elas indicam qual

⁷ Idem. Ibidem. Págs. 282-3.

dos litigantes deve sofrer a consequência negativa decorrente da não apuração dos fatos.”⁸

Nesse diapasão, o ônus da prova visa que a parte que alegue determinado fato se incumba de prová-lo, fazendo com que o magistrado possua maiores elementos no momento de formar a sua convicção. E também denota-se que se a parte a qual incumbia a prova não a realizou, certo está que essa aceitou o risco de não produzi-la, podendo o magistrado, diante de tal situação, julgar contrariamente a parte desidiosa por sua omissão.

Como se pode observar na seguinte doutrina:

“A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *sucundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientizam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).”⁹

No entanto, faz-se necessário nesse ponto mencionar o princípio da aquisição¹⁰ ou princípio da comunhão da prova¹¹, no qual determina-se que uma vez trazida aos autos determinada prova, não importa quem a produziu, pois esta prova pertencerá ao processo, não mais as partes, e influenciará no convencimento do juízo. Por conseguinte, caso uma parte produza prova que não era seu ônus, esta parte irá desincumbir a outra do ônus que possuía.

Nessa vertente, tem-se a seguinte passagem da doutrina:

⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 73.

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 373.

¹⁰ Idem. Ibidem. Pág. 374.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. Pág. 380.

“O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa. Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da *aquisição*).”¹²

Dessa forma, em arremate, nota-se que a distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil se afigura como uma regra de aplicação excepcional. Isso porque, a princípio, somente será levada em consideração a sistemática legal da distribuição do ônus da prova no momento do julgamento da lide, após a produção das provas pelas partes na fase instrutória e, também, somente após a eventual determinação de produção de provas pelo próprio magistrado, quando este verificar que ainda há meios de prova hábeis a sanar eventual incerteza em seu convencimento. Usando, para tanto, de seus poderes instrutórios, conforme autoriza o artigo 130, do Código de Processo Civil.

Em conclusão, depreende-se que, em tese, as regras de ônus probatório do artigo 333, do Código de Processo Civil, só são aplicados pelo juiz na sentença quando as partes não provarem o alegado e, em complemento, também não for possível ao magistrado atingir tal prova, através de seus poderes instrutórios.

Resumindo o exposto, tem-se:

“As regras do ônus da prova devem ser utilizadas somente em último caso, quando, esgotadas as possibilidades, os fatos não tiverem sido aclarados. Se houver alguma outra prova que possa contribuir para formação do convencimento do juiz, ele deve determiná-la de ofício”¹³.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria geral do processo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. Pág. 374.

¹³ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 74.

Há, no entanto, entendimento contrário que acredita serem as regras de ônus probatório não regras de julgamento, mas sim, regras de procedimento¹⁴, com vistas ao princípio do contraditório, pois, desta forma, evita-se a surpresa no âmbito processual, concedendo as partes a oportunidade de produzir as provas que possuem como ônus. Existindo, nessa vertente, um momento ideal para que o juiz determinasse sobre quem recairia o ônus da prova, no procedimento ordinário, esse momento ideal seria quando do despacho saneador, ao invés de ser quando do julgamento da causa. Tal entendimento será analisado, posteriormente, em tópico específico deste texto.

Visando a continuação da análise do objeto do presente trabalho, nesse ponto faz-se necessário o estudo das hipóteses de cabimento e das características da temática da inversão do ônus da prova.

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário, 2: tomo I – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 284.

3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

No tocante à inversão do ônus da prova, tem-se que o ordenamento prevê três hipóteses de sua ocorrência, quais sejam, a legal, a convencional e a judicial.

No primeiro caso, a inversão decorre da própria lei, ou seja, são os casos de presunção legal ou presunções simples, sendo assim, estas apenas são afastadas quando a parte interessada provar o contrário. Caso não efetue a prova, arcará com as consequências de sua omissão frente ao ônus que possuía.

Vale ressaltar que nesse item se enquadram as presunções relativas, ou seja, aquelas que admitem prova em contrário. De outro lado, nos casos de presunção absoluta, não há se falar em prova capaz de afastar a presunção.

As presunções legais se encontram previstas no ordenamento jurídico e há numerosos casos, por exemplo, a responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Já as presunções simples decorrem da aplicação do artigo 335, do Código de Processo Civil, no qual se admite que o magistrado, na falta de normas jurídicas particulares, aplique as regras da experiência comum e técnica em seu julgamento, ressalvados os casos de exame pericial, por exemplo, no caso de colisão traseira entre veículos automotores, presume-se a culpa de quem colidiu na parte de trás do veículo.¹⁵

¹⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado* – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 366.

De outro lado, a inversão convencional do ônus da prova, encontra-se prevista no próprio Código de Processo Civil, derivando-se de uma interpretação a *contrario sensu* do artigo 333, parágrafo único, incisos I e II. Isso porque é possível uma distribuição/”inversão” convencional do ônus probante.

Importante se faz a ressalva do inciso II do dispositivo legal, pois essa proibição visa evitar a denominada “prova diabólica”¹⁶ ao determinar que a distribuição convencional do ônus probatório não pode tornar excessivamente difícil a produção da prova pela parte que se incumbirá desta.

Por último, tem-se a inversão do ônus da prova por determinação judicial. Nesse caso, o magistrado poderá realizar a inversão do ônus probatório, desde que respeite os requisitos previstos em lei para tal ato. Sendo que o exemplo mais relevante na atualidade é o do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, o Código de Defesa do Consumidor, previu em alguns dispositivos a inversão do ônus probatório, seja ela legal seja mediante determinação judicial.

Nesse sentido, pode-se dizer que existem duas formas de inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor: a primeira forma decorre expressamente por presunção da lei; *ope legis*, em outras palavras, a inversão do ônus probatório ocorre automaticamente por força do próprio dispositivo legal, como nos casos dos artigos 12, §3º, II, e 14, §3º, I, do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, casos de responsabilidade civil do fornecedor pela reparação de danos do fato do produto e do fato do serviço¹⁷, e na hipótese do artigo 38, do Código de Defesa do Consumidor, que define ser ônus do fornecedor-anunciante a prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária¹⁸.

Nesses casos, a inversão do ônus probatório é realizada antes mesmo da existência da lide, pois o próprio legislador definiu a inversão como regra. Desse modo, em tese, entende-se que as partes, desde o início da relação jurídico-

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário, 2: tomo I – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 283.

¹⁷ Entendimento extraído do REsp 802832/MG, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

¹⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 220.

processual, já detêm o conhecimento da inversão do ônus probatório atribuído por força de presunção legal.

Com efeito, a grande discussão a respeito do tema se encontra na hipótese prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, na qual é possível, por determinação do juiz, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando esta inversão ensejar a facilitação da defesa dos direitos deste, desde que seja verossímil a alegação ou seja o consumidor hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Inicialmente, não há que se falar, nesse caso do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, em inversão do ônus probatório decorrente diretamente da lei, pois esta só vai ocorrer mediante determinação judicial, ou seja, *ope judicis*, mediante a presença de um dos requisitos ou ambos, a saber, desde que seja verossímil a alegação e/ou seja o consumidor hipossuficiente, segundo ainda as regras ordinárias de experiência.

Nesse sentido, analisando a inversão do ônus probatório como instrumento de facilitação da defesa do consumidor em juízo, pode-se citar o texto da seguinte obra:

“É preciso esclarecer que a inversão do ônus da prova não é automática, e deve ser examinada no caso concreto. Os requisitos são analisados objetivamente pelo juiz e devem ser apurados segundo as regras ordinárias de experiência.

A inversão do ônus da prova do CDC pressupõe dificuldade ou impossibilidade produção da prova apenas da parte do consumidor, não a impossibilidade absoluta da prova em si. Ela pode ser requerida, especialmente, quando ficar evidenciada a vulnerabilidade técnica em estágio acentuado, surgindo, assim, a chamada hipossuficiência técnica.”¹⁹

Confirmando a tese de que basta apenas um dos requisitos para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, pode-se mencionar a seguinte doutrina:

¹⁹ GIANCOLI, Brunno; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antônio. *Difusos e coletivos: direito do consumidor*. 2ª Edição. Coleção elementos do direito, vol. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 61.

“Dois são os requisitos normativos que autorizam a possibilidade da inversão da prova nos moldes do Código de Defesa do Consumidor. São eles, a comprovação da verossimilhança das alegações feitas pelo consumidor e/ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Ponto pacífico entre os doutrinadores que os requisitos já referidos atuam separadamente ou de forma concorrente, assinalando que a presença de somente um deles é suficiente para, considerando o livre critério do magistrado, decretar a inversão do ônus da prova.”²⁰

Nesse sentido, vale apenas ressaltar que presente um dos dois requisitos ou ambos, “*deverá* o magistrado determinar a inversão”²¹. Sendo, nesses casos, obrigatória a determinação da inversão do ônus da prova pelo magistrado.

Ademais, vale destacar a existência de entendimento a respeito da inversão do ônus da prova através da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual pode ocorrer através de determinação judicial nesse sentido. No entanto, tal teoria será abordada de forma mais específica em capítulo próprio do presente texto.

Em arremate, após a análise das hipóteses existentes de inversão do ônus da prova, passa-se agora ao tema do momento da distribuição do ônus probatório.

²⁰ RADLOFF, Stephan Klaus. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*: Lei nº 8.078/90. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Pág. 64.

²¹ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 217.

4 MOMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em continuação a análise, percebe-se nesse ponto a existência de discussão a respeito de em que momento deve ocorrer a inversão do ônus probatório, havendo dois momentos possíveis, quando da sentença ou no decorrer da instrução probatória.

Por certo, denota-se que a lógica do Código de Defesa do Consumidor quando trata da possibilidade de o magistrado determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), é completamente diversa das regras de distribuição do ônus probatório do Código de Processo Civil (artigo 333, do Código de Processo Civil) e também das regras de divisão do ônus da prova determinados automaticamente pelo próprio Código de Defesa do Consumidor. Pois nestes últimos é possível, mesmo antes de ingressar com a demanda, conhecer e elaborar a estratégia das provas que pretende produzir, em tese, não gerando surpresa a aplicação das regras no momento da sentença.

No entanto, na hipótese da inversão do ônus da prova que exige determinação judicial, não se mostra razoável que as regras sejam aplicadas somente na sentença, pois se assim for, o processo se tornaria um ambiente inseguro para as partes, carregado de surpresas. Isto porque não seriam estas capazes de planejar quais provas deveriam produzir no curso do processo.

Nesse sentido:

“Não vemos qualquer sentido, diante da norma do CDC, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38), que o magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa revelada para as partes”.²²

Complementando o entendimento a respeito da inversão decorrente de determinação judicial, com base no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, vale também mencionar o seguinte trecho:

“como se trata de exceção, para não violar o devido processo legal e a igualdade das partes no processo, parece conveniente que o juiz, antes do encerramento da fase postulatória, indique qual dos critérios vai seguir diante de eventual deficiência do conjunto probatório.”²³

Com vistas ao respeito ao devido processo legal e seus sucedâneos, a guisa de exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a segurança jurídica e etc., apresenta-se como mais adequado definir um momento prévio, no curso do processo, para a determinação ou não da inversão do ônus probatório. Podendo este momento estar “situado entre a petição inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste será o melhor momento”²⁴.

Ainda sobre o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pode-se mencionar o seguinte texto:

“O momento mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é aquele posterior à contestação e no qual se prepara a fase instrutória, pois só depois de estabelecido o contraditório é que se faz possível delimitar os fatos controvertidos e a natureza de cada um, de modo a possibilitar uma justa distribuição do ônus da prova’ (RT 837/226). No mesmo sentido: ‘O momento processual

²² Idem. Ibidem. Pág. 221.

²³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997. Pág. 41.

²⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 221.

adequado pra tal decisão é aquele posterior à contestação até o despacho saneador, inclusive' (JTJ 318/479: AI 1.097.980-0/5)."²⁵

De fato, em uma análise voltada para o estudo processual do tema, o momento ideal, ao menos tendo em vista o procedimento ordinário, seria quando do despacho saneador, pois, neste momento, o juiz já estaria preparado para limitar os pontos controversos e definir os pontos a serem provados. Como consequência dessa delimitação, pode o órgão julgador determinar a quem incumbe o ônus de provar os fatos alegados no processo.

Contudo, nada impede que o magistrado determine a inversão do ônus da prova em momento posterior ao do despacho saneador, desde que abra oportunidade para a produção da prova e para sua impugnação. Respeitando-se assim, o contraditório e a ampla defesa, princípios estes previstos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Entretanto, o entendimento tradicional do tema determina que o ônus probatório se trata de regra de julgamento, ou seja, a ser aplicado quando da decisão pelo magistrado, de modo excepcional, quando a parte não tiver se desincumbido de seu ônus e não for possível ao magistrado a consecução da prova de ofício, através dos poderes instrutórios do juiz, conforme autoriza o artigo 130, do Código de Processo Civil. Assim, o momento adequado, para a doutrina tradicional, seria quando a decisão fosse proferida.

No entanto, conforme acima mencionado, há entendimento diverso que acredita que as regras do ônus probatório não devem ser consideradas como regras de julgamento, mas sim, regras de procedimento, evitando, desse modo, a surpresa para as partes e viabilizando assim um maior respeito aos princípios basilares do sistema processual, em especial, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Em suma, para esta linha de pensamento deve o órgão julgante determinar a quem incumbe o ônus probatório, antes de proferir a sentença. Em outras

²⁵ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 45ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 469.

palavras, as regras de distribuição do ônus probatório serviriam como regra de procedimento, devendo ser determinadas pelo juiz previamente à sentença, sob pena de ofender o princípio do contraditório, evitando-se, assim, a surpresa no âmbito processual.

Isso porque, a prévia ciência das partes a respeito de seus ônus influencia no modo como estas irão atuar no processo, além de possibilitar que o juiz julgue com mais convicção quando aplicar as regras do ônus probatório, haja vista a parte ter sido comunicada previamente sobre sua faculdade de provar fatos e sobre o risco de em não provando ter de arcar com as consequências de sua omissão.

Outrossim, vale destacar que, em regra, os momentos adequados para produção das provas são juntamente com a petição inicial ou contestação, no caso de prova documental, conforme preceitua o artigo 396, do Código de Processo Civil, ou durante a fase instrutória, por exemplo, no caso de prova pericial ou testemunhal, sendo apenas excepcionalmente admitida a produção de prova em segundo grau de jurisdição, por exemplo, na hipótese do artigo 397, do Código de Processo Civil, no caso de documentos novos, isso porque a existência desses documentos novos poderia até mesmo acarretar uma ação rescisória, com fulcro no artigo 485, VII, do Código de Processo Civil.

Ocorre que existindo momentos adequados para a produção das provas, sendo esses, via de regra, em primeiro grau de jurisdição, caso o juiz surpreenda as partes com a distribuição do ônus probatório na sentença, já teria passado para os litigantes o momento adequado para a produção das provas. Caso se entenda a distribuição do ônus da prova como uma regra procedimental, deve-se anular a sentença e dar ainda a possibilidade para a produção da prova porventura não realizada devido ao não conhecimento prévio, pela parte, de que tal produção seria de seu ônus.

Assim, não só serviria como forma de fortalecer o contraditório, como também figuraria como meio de economia processual, pois, uma vez distribuído o ônus probatório no decorrer da instrução processual, as partes estariam previamente cientificadas de seu ônus e dos eventuais prejuízos com a não produção das provas.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, em especial, com o posicionamento decorrente de decisão proferida pela 2ª Seção²⁶, a qual acredita que quando o ônus probatório decorre da própria lei, não está o juiz obrigado a distribuí-lo antes da sentença, somente existindo a recomendação da distribuição anterior do ônus probatório quando este não decorre expressamente da lei, mas sim de determinação judicial, como é o caso da inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa linha, para evitar a surpresa deve o magistrado, quando do momento oportuno, determinar a quem incumbe o ônus de provar o alegado, privilegiando o princípio do contraditório e fornecendo uma maior segurança jurídica, evitando-se assim, a surpresa no ambiente processual.

Vale ressaltar, em conclusão, que o entendimento majoritário da doutrina é de considerar as regras do ônus probatório como uma regra de julgamento, conforme primeiramente exposto.

Nos dizeres de Luiz Rodrigues Wambier, tem-se que as regras do ônus probatório figuram-se como:

“uma ‘tábua de salvação’, um último recurso, para o juiz decidir nos casos em que fracassaram todos os mecanismos disponíveis para a formação da convicção judicial (provas produzidas pelas partes, provas produzidas de ofício, formação de presunções mediante a aplicação das máximas da experiência etc.)”²⁷.

Em arremate, a divisão do ônus probatório não só funcionaria como regra de julgamento na visão do doutrinador acima citado, mas também como elemento determinante que fornece os parâmetros para que as partes estabeleçam suas

²⁶ REsp 802832/MG, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011.

²⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil*, Volume 1: teoria geral do processo de conhecimento / coordenação Luiz Rodrigues Wambier. - 9ª Edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 416.

estratégias probatórias²⁸. Tendo, dessa forma, a possibilidade de se decidirem sobre de que forma atuarão no processo.

Apenas adiantando um pouco o tema, no caso da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual determina, em síntese, que deverá ter o ônus de provar a parte que tiver melhores condições de realizar tal ato, tem-se que a princípio, neste caso, em tese, deverá o juiz determinar a quem compete a prova de cada fato antes de proferir decisão, pois a aplicação desta teoria pode acabar por inverter o ônus probatório e, assim, a sua aplicação apenas na sentença poderia acarretar surpresa para as partes e possivelmente violação ao devido processo legal.

Nesse sentido, a definição da distribuição do ônus probatório pela teoria carga probatória dinâmica, num primeiro momento, dependeria de decisão específica do magistrado nesse sentido, pois figura-se como uma exceção a regra da distribuição estática do ônus probatório.

Por este motivo, aparentemente, o mais adequado seria que as partes fossem previamente intimadas de seu ônus probatório para que pudessem ter a oportunidade de provar os fatos que lhes competiam.

Sendo assim, com fundamento nos princípios constitucionais que regem o processo, tem-se que aparentemente o mais adequado seria a manifestação judicial a respeito do tema do ônus probatório antes do julgamento, nos casos em que ocorra a inversão do ônus probatório por determinação judicial, seja nos casos previstos em lei, seja no caso da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Após essa análise preliminar sobre o momento da inversão do ônus probatório, passa-se, nesse momento, ao estudo do tema central do presente texto acadêmico, a saber, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

²⁸ Idem. Ibidem. Pág. 416.

5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Por início, vale mencionar as denominações utilizadas para a teoria do processualista argentino Jorge W. Peyrano, quais sejam, “teoria dinâmica do ônus da prova”²⁹, “teoria da carga probatória dinâmica” ou “teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”³⁰.

De acordo com esta teoria, o ônus probatório não deve ser balizado por uma perspectiva estática, como se denota da própria denominação dada a teoria, sendo assim, o ônus probatório deveria se amoldar ao caso concreto, de forma dinâmica, no intuito de determinar a produção da prova pela parte que esteja em melhores condições para produzi-la.

Nesse sentido:

“A sociedade e o direito material encontram-se em intensa transformação (cf. comentário ao art. 1º.), razão pela qual a regra geral disposta no art. 333 não pode ser aplicada de modo inflexível, a qualquer hipótese. Excepciona-se esta regra e permite-se a distribuição *dinâmica* do ônus da prova quando, presentes certas circunstâncias, uma das partes estiver em melhores condições de

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. Pág. 380.

³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário, 2: tomo I – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 284.

produzir a prova que a outra. A teoria das *cargas probatorias dinâmicas* foi desenvolvida por Jorge W. Peyrano (cf. dentre outros trabalhos do autor, *Cargas probatorias dinâmicas*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, *passim*).³¹

Visando tornar mais clara a expressão “melhores condições para produzir a prova”, pode ser citado o seguinte trecho de doutrina:

“A compreensão da exata dimensão da teoria das cargas probatórias dinâmicas demanda o entendimento do que realmente significa ‘estar em melhores condições’ para produzir as provas necessárias em um processo. Tal constatação exige uma análise criteriosa do julgador no caso concreto, levando-se em consideração fatores como: obrigações legais ou contratuais impostas a cada uma das partes, a participação de cada litigante no fato gerador da controvérsia, a posse efetiva das provas discutidas nos autos, a facilidade para a produção probatória segundo razões técnicas, profissionais, jurídicas ou econômicas, dentre outras”.³²

Nessa linha de entendimento, em cada caso concreto seria necessária uma análise pelo órgão jurisdicional dos pontos controvertidos e das possibilidades das partes para a realização das provas necessárias, definindo, previamente, o ônus probatório de cada uma das partes.

Corroborando o mencionado:

“[...] embora o Código de Processo Civil tenha adotado a concepção **estática** do ônus da prova, atualmente, vem ganhando força a concepção **dinâmica**, cujas premissas essenciais se contrapõem às regras do art. 333. Pela teoria dinâmica do ônus da prova, afastam-se as regras estáticas – não necessariamente tem o autor que demonstrar as proposições fáticas extintivas, modificativas ou impeditivas. Impõe-se o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo tal ônus recair tanto sobre o autor, como sobre o réu, a depender do caso concreto. Valoriza-se o dever de colaboração das partes e em prol de uma

³¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2ª ed. rev., atual. ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 359.

³² AMBROSIO, Graziella. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013. Pág. 58.

maior efetividade e instrumentalidade do processo, o que ensejará, por conseguinte, pronunciamentos jurisdicionais mais justos.”³³

Atualmente, verifica-se que o sistema do Código de Processo Civil se baseia na teoria estática de distribuição do *onus probandi*, haja vista a assertiva do artigo 333, do referido Código que apresenta regras fixas para o delineamento do ônus probatório. Sendo hoje tais regras entendidas, majoritariamente, como regras de julgamento, servindo como última medida para evitar o *non liquet*, como já exposto anteriormente.

No caso da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, observa-se que, além das regras estáticas tradicionais, poderiam ser utilizadas também regras que possibilitam a distribuição do ônus probatório à parte que tivesse a melhor condição de produzi-la, ou seja, por vezes de modo diverso do que determinam as regras estáticas de definição do ônus probatório.

Nessa vertente, tem-se:

“Todavia, por desconsiderar as especificidades e particularidades do caso concreto, a distribuição prévia do ônus da prova pode, em determinadas circunstâncias, tornar a tarefa de produzir a prova demasiado árdua para uma das partes, afastando-se, pois, da ideia comum de justiça.

Tendo em conta essa defasagem existente entre o fixado *a priori* pela lei e as **circunstâncias específicas das questões deduzidas em juízo**, a moderna doutrina tem defendido a flexibilização da regra contida no art. 333 do CPC, para se evitar, pela rigidez da norma, a ocorrência de decisões injustas. Fala-se, assim, em **distribuição dinâmica do ônus da prova** para as hipóteses em que o magistrado, considerando o caso concreto, distribui ele mesmo o ônus probatório, atribuindo-o à parte que tenha melhores condições de suportá-lo.”³⁴

³³ MOUZALAS, Rinaldo. *Processo Civil: volume único*. 6ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. Pág. 496.

³⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 17ª edição rev., ampl. e atual. Especialmente de acordo com as Leis nº 12.424/2011 e 12.431/2011. São Paulo: Atlas, 2013. Págs. 557-8.

Visando complementar o presente trabalho é possível citar o seguinte trecho que comenta a respeito da jurisprudência argentina:

“A jurisprudência argentina assentou que as regras relativas ao ônus da prova devem ser apreciadas em função da índole e características do tema submetido a julgamento, dando-se primazia, em detrimento da aplicação das normas processuais, à obtenção da verdade, que não pode ser obscurecida pelo excessivo rigor formal.”³⁵

Para o fim de aplicação da referida teoria, o magistrado, a princípio, deverá se atentar para as características do caso, justificando motivadamente as circunstâncias que o fizeram optar pela distribuição dinâmica do ônus da prova. Como se nota, a distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma medida excepcional para o fim de tornar possível a prova sobre determinados fatos que com a aplicação das regras estáticas tornaria demasiadamente difícil a realização da prova por uma das partes.

Sobre o tema, vale mencionar o seguinte texto:

“Desse modo, de acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o encargo probatório deve ser atribuído **casuisticamente**, de modo dinâmico, concedendo-se ao juiz, como gestor das provas, poderes para avaliar qual das partes terá maiores facilidades na sua produção”.³⁶

Ainda em complemento, por ser uma decisão que altera as regras gerais do ônus da prova, em tese, o ideal seria a manifestação do juízo a este respeito em

³⁵ KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado : responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 137.

³⁶ DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 17ª edição rev., ampl. e atual. Especialmente de acordo com as Leis nº 12.424/2011 e 12.431/2011. São Paulo: Atlas, 2013. Pág. 558.

momento anterior a sentença para o fim de evitar a surpresa as partes e, possibilitar assim, que estas tenham a oportunidade de se desincumbirem de seu ônus.

A respeito da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, vale trazer ao texto, também, o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, o qual defende a aplicação da teoria em estudo em caráter excepcional, entretanto, tal aplicabilidade, para este autor, independeria de previsão legal específica, isso porque a utilização da teoria dinâmica do ônus da prova decorreria, no direito brasileiro, da aplicação dos princípios constitucionais que regem o processo.

Corroborando o afirmado:

“Só se justifica esta distribuição dinâmica do ônus da prova, frise-se, quando a parte a quem normalmente incumbiria o ônus não tenha sequer condições mínimas de produzi-la. Deste modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças da relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia. Assim, penso que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova independe de qualquer previsão expressa em lei, e se dá no direito brasileiro por aplicação dos princípios constitucionais que regem o processo. Restringe-se, porém, e por amor à clareza, que a distribuição do ônus da prova não é regra, mas exceção”.³⁷

Compartilhando desse entendimento, deve-se ainda notar que as regras no ordenamento jurídico brasileiro atual se adequam perfeitamente ao exposto, pois ao mesmo tempo que as normas definidas no Código de Processo Civil prestigiam as regras de distribuição do ônus probatório, visando assim evitar o já mencionado *non liquet*, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, na forma como acima exposta, justifica as exceções ao sistema processual, sempre tendo por base os princípios constitucionais que guiam o processo, por exemplo, o princípio da isonomia, contraditório e etc.

Como exceções a teoria estática, tem-se a inversão do ônus da prova, por determinação judicial, no caso do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do

³⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. Pág. 381.

Consumidor, e também a possível aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos, por exemplo, das chamadas “provas diabólicas”, que ocorrem nas ocasiões em que a parte não tem condições de produzir tais provas.

Sendo assim, com base na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, se a outra parte estiver em melhores condições de produzir tal prova, deve o magistrado, através de decisão fundamentada, determinar que a esta incumbe a produção.

Ademais, convém destacar que, por se tratar de uma distribuição dinâmica do ônus da prova decorrente de decisão judicial, tem-se que, salvo melhor juízo, o mais adequado seria a manifestação do magistrado anterior ao julgamento a respeito desta distribuição, abrindo-se a oportunidade para que as partes possam de desincumbir do ônus da prova que lhes foi atribuída antes da decisão, nos casos em que o ônus for distribuído de modo diverso do determinados pelas regras gerais estáticas previstas no Código de Processo Civil.

Nesse sentido, tem-se também Cassio Scarpinella Bueno que defende que a aplicação da teoria dinâmica deve guiar o magistrado nas causas postas a sua apreciação, em que seja possível a variação das regras gerais estáticas do ônus probatório. Sendo assim, deve o magistrado verificar, em cada caso concreto, as reais possibilidades das partes de produzirem as provas e determinar a prova que cabe a cada uma destas. Sustenta ainda que o magistrado deve assumir uma posição ativa na produção probatória objetivando “uma melhor *concretização* do sistema processual civil à luz do ‘modelo constitucional’”³⁸.

Conforme menciona o próprio doutrinador:

“Toda a temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão – máxime se aceita a referida “teoria dinâmica” - , seja ela convencional ou legal, deve ser entendida como regra de *procedimento* e não como regra de *juízo*. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as *reais* possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de *variação* das

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário, 2: tomo I – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. Pág. 284-5.

regras gerais (estáticas) dos incisos do art. 333. [...]. Não há como, na atualidade do pensamento do direito processual civil, entender diferentemente. Tratar o ônus da prova como mera regra de “julgamento”, de “juízo” acaba revelando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que são invariavelmente *públicos* – do processo”³⁹.

É possível, ainda, extrair da posição do doutrinador o entendimento de que deve sempre o magistrado se manifestar para definir a quem cabe o ônus probatório no caso de sua inversão, posição esta com visível preocupação em viabilizar o pleno respeito aos princípios constitucionais do processo.

Em suma, denota-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode figurar como um instrumento valioso para o fim de se alcançar uma efetividade maior do processo, com o conseqüente fornecimento de uma prestação jurisdicional adequada.

³⁹ Idem. Ibidem. Pág. 284.

6 PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A princípio, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, recentemente aprovado pelo Senado Federal, e agora em trâmite perante à Câmara dos Deputados Federais, apresenta algumas novidades em seu texto em relação ao atual artigo 333, do Código de Processo Civil.

Vale apenas mencionar que no Senado Federal o Projeto do Novo Código de Processo Civil, estava sendo analisado através do Projeto de Lei 166/2010, sendo que, após aprovado no Senado Federal, recebeu nova numeração para apreciação pela Câmara dos Deputados Federais, a saber, trata-se do Projeto de Lei 8.046/2010.

Ademais, a numeração dos artigos também se alterou, entretanto, não houve alteração do texto destes artigos. Sendo assim, o Projeto de Lei 166/2010 previa o tema do ônus da prova nos artigos 261 a 263 e, no Projeto de Lei 8.046/2010, os dispositivos foram renumerados para os artigos 357 a 359, do referido Projeto.

Superado esse breve esclarecimento, é válido, nesse momento, trazer a esta dissertação a íntegra do texto dos dispositivos do Projeto do Novo Código de Processo Civil, contidos no Projeto de Lei 8.046/2010 que tramita perante a Câmara dos Deputados Federais, os quais tratam do tema do ônus da prova:

“Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

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

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

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.⁴⁰

No tocante ao artigo 357, do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010), percebe-se uma preocupação em acrescentar o seguinte trecho em seu corpo: “ressalvados os poderes do juiz”, sendo assim, esse trecho declara que o juiz poderá usar de seus poderes instrutórios para alcançar a prova dos fatos que achar pertinente. De fato, este já era o entendimento aceito, ou seja, o juiz, antes de aplicar as regras de distribuição do ônus da prova, deve buscar a descoberta da verdade dos fatos alegados por meio de seus poderes instrutórios, quando a parte não se desincumbir de seu ônus de provar. Só aplicando as regras do ônus da prova quando não for possível a solução da causa por outro modo.

⁴⁰ Texto do Projeto de Lei 8.046/2010, em trâmite perante a Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: “http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E787113DA8F5F043590DC538A904493D.node2?codteor=831805&filename=PL+8046/2010”. Acesso realizado no dia 27 de outubro de 2013.

Já os incisos do mesmo artigo apenas reproduzem o mesmo texto dos incisos do artigo 333, do atual Código de Processo Civil.

A grande novidade trazida pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil encontra-se no artigo 358, do Projeto de Lei 8.046/2010. Esse dispositivo consagra a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, isto porque dá poderes ao órgão jurisdicional para distribuir o ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo ordenamento, impondo-o a parte que estiver em melhores condições de produzi-la, mediante decisão fundamentada e observado o contraditório, desde que as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado exijam.

É importante observar a preocupação dos elaboradores do Projeto do Novo Código de Processo Civil quanto ao respeito aos princípios processuais assegurados na Constituição Federal, basta observar a atenção dada ao princípio do contraditório e ao princípio da motivação das decisões judiciais previstos, respectivamente, no artigo 5º, LV, e no artigo 93, IX, ambos da Constituição Federal.

Em especial, a importância dada ao princípio implícito na Constituição Federal da segurança jurídica, conforme pode se depreender da leitura do seguinte trecho da Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

“O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.”⁴¹

Quanto ao §1º do artigo 358, do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010), define-se que se ocorrer a inversão do ônus da prova, este não pode ser manifestada quando da sentença. O objetivo evidente desta

⁴¹ Trecho extraído da Exposição de Motivos da Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Pág. 19.

redação é evitar a surpresa para as partes. A distribuição então deve ocorrer antes da sentença e, além disso, deve o magistrado conceder à parte, sobre a qual recair o ônus, oportunidade para se desincumbir deste.

O §2º do mesmo dispositivo do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010) menciona que a inversão do ônus da prova, determinada por decisão judicial, não altera as regras dos encargos referentes da sua respectiva produção. Tem-se nesse caso que os encargos financeiros decorrentes da produção da prova não se transferem automaticamente à aquele que foi incumbido de produzi-la. Essa regra, ainda em projeto, visa assegurar a incoerência da distribuição automática dos encargos decorrentes da produção da prova no caso de inversão do ônus probatório.

Sobre este ponto:

“No sentido do §2º do art. 358 do **NCPC**, assim vem se manifestando a jurisprudência: ‘a inversão do ônus da prova não implica a obrigatoriedade de a parte contrária arcar com as custas da prova requerida pelo adversário; sujeita-se ela, contudo, às eventuais consequências de sua não realização, a serem aferidas quando do julgamento da causa, em face do conjunto probatório trazido aos autos’ (STJ, AgRg na MC 17695/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª T., j. 05.05.2011).”⁴²

Em arremate, o artigo 359, do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010), no seu “*caput*” e nos dois incisos, tem a mesma redação do parágrafo único do artigo 333, do Código de Processo Civil. A mudança em relação à redação atual está no parágrafo único do artigo 359, do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010), o qual traz uma proibição ao poder do juiz de inversão do ônus probatório. Assim, antes a limitação que apenas atingia a convenção das partes, agora também vincula a atividade jurisdicional.

Melhor esclarecendo, aplica-se ao magistrado as mesmas proibições que as aplicadas as inversões convencionais do ônus da prova pelas partes, quais sejam,

⁴² MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2ª ed. rev., atual. ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 360.

além da impossibilidade da inversão do ônus da prova quando recair sobre direito indisponível da parte, no texto do Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010), encontra-se ainda o impedimento relativo ao caso de a inversão do ônus da prova tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Entretanto, vale mencionar que a redação determinada pela Comissão de Juristas não está imune a críticas já havendo posicionamento doutrinário que questiona a forma ampla como foi autorizada aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em especial, tendo em vista possíveis dificuldades de interpretação e de aplicação do texto legal, por, segundo o autor, não estar adequadamente delimitados os pressupostos de sua aplicação, conforme pode se extrair do seguinte trecho:

“Entretanto, considerando que tal teoria preconiza a distribuição da atividade probatória a partir da consideração quanto à maior facilidade na produção da prova, parece-nos, com a devida vênia, que a redação adotada no Projeto do Novo CPC, ao falar na atribuição do ônus subjetivo probatório considerando “as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado”, acabou por utilizar parâmetros não apropriados à utilização da dinamização das cargas probatórias.

Essa redação poderá, uma vez aprovado o Novo CPC, gerar dificuldades práticas de interpretação e de aplicação, por não delimitar adequadamente os pressupostos para sua utilização.

Melhor seria, em nosso entendimento, centrar a dicção legal no aspecto inerente à maior facilidade concreta na produção da prova e no acesso à informação técnica, parâmetros estes já adotados no CDC bem como no Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública (PL 5139/2009), revelando maior objetividade e facilidade de delimitação em perspectiva pragmática.”⁴³

Por fim, apesar da existência de entendimento que visa aperfeiçoar o texto do Projeto de Novo Código de Processo Civil, é possível concluir que a Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil se baseou na mais moderna doutrina em relação às regras do ônus da prova, devendo-se dar

⁴³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Anotações a Respeito do Ônus da Prova in* TUCCI, José Rogério Cruz; RODRIGUES, Walter Piva; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) – *Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. Pág. 57.

especial destaque à inclusão da denominada teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual inspirou o texto relativo à matéria do ônus da prova no Anteprojeto do novo Código de Processo Civil e que ainda se mantém inalterado no Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, após todo o conteúdo apresentado, nota-se que há diversos temas relevantes a serem levados em consideração quando da análise do ônus da prova.

Inicialmente, interessante observar que o ônus da prova tem uma função essencial para que os processo possam chegar a uma tutela jurisdicional, ainda quando nem todos os fatos tenham sido provados. Assim, nota-se que o ônus da prova é um instrumento do magistrado para evitar o *non liquet*, ou seja, não poderá o magistrado alegar que não tem elementos suficientes para deixar de dar uma solução a determinado caso colocado para sua apreciação, mas sim, deverá utilizar-se das regras gerais do ônus probatório para o fim de prestar a tutela jurisdicional. Nesse caso, evidentemente, aquele que não se desincumbiu de seu ônus terá de arcar com as consequências de sua conduta processual.

Outro aspecto relevante está no entendimento de que o ônus probatório, além de ser instrumento do juiz para o fim de prestar a tutela jurisdicional, também acaba por influenciar na estratégia processual das partes, ou seja, as partes ao analisarem as regras do ônus probatório definem os atos que devem ou não tomar no decorrer do processo.

Ocorre que, com a evolução da complexidade da estrutura social, as regras estáticas de atribuição do ônus da prova, nem sempre se figuram como a solução mais próximo do ideal de justiça almejado. Por este motivo diversos meios surgiram para o fim de adequar a legislação às expectativas dos jurisdicionados, visando assim, tornar a tutela jurisdicional a mais efetiva possível, com vistas a consecução do fim maior do processo que é a pacificação social.

Dentre estes meios, tem-se os casos de inversão do ônus probatório que decorrem da própria lei, os com fundamento em convenção das partes e, ainda, os casos que decorrem de determinação judicial.

Em suma, nas hipóteses que seguem a regras gerais do ônus a prova previstas no artigo 333, do Código de Processo Civil, nos casos de inversão legal e nos casos de convenção das partes, observa-se, a princípio, não haver ofensa ao ordenamento jurídico quando o magistrado julga com base em suas regras. Isso porque estas situação já são de conhecimento das partes durante o decorrer do processo judicial. Assim, uma vez que não se desvencilharam do ônus que lhes competiam e, em não sendo possível a produção da prova de ofício pelo juízo, através da utilização dos poderes instrutórios do juiz, previsto no artigo 130, do Código de Processo Civil, não há outra medida possível ao magistrado a não ser o julgamento da causa com base nas regras do ônus da prova já conhecidas de antemão pelas partes.

Situação diferente se dá nos casos em que ocorre distribuição diversa do ônus da prova, por determinação judicial, seja por força do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quando visa-se facilitar a defesa do consumidor em juízo, seja quando da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Nesses casos as partes não têm como prever sobre quem recairá o ônus da prova antes da manifestação do juízo, sendo assim, faz-se mister a revelação pelo magistrado, antes do julgamento da causa, sobre quem recaíra o ônus de cada prova, para que assim as partes possam traçar suas estratégias no processo.

A revelação da distribuição do ônus da prova de modo diverso das regras gerais somente na sentença acaba por gerar insegurança jurídica e, em tese, fere os

princípios constitucionais que regem o processo civil, entre outros, o devido processo legal, contraditório e etc.

Nessa vertente, aparenta-se coadunar mais com o devido processo legal, a definição prévia pelo magistrado de quais provas caberão a cada parte integrante do processo, nos casos em que a distribuição do ônus da prova não seguir as regras gerais previstas no Código de Processo Civil.

Quanto à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, nota-se que esta surgiu como uma alternativa para evitar decisões que acabavam por se distanciarem do ideal de justiça almejado no processo. Isso porque, por vezes, há casos em que determinada parte possui melhores condições de provar determinados fatos, mas caso o magistrado seguisse as regras gerais de divisão do ônus probatório, a parte que inicialmente deveria provar pode não ter condições de concretizar a prova.

Assim, diante dessa dificuldade em alcançar a prova em determinados casos, a doutrina visualizou esta solução, na qual o ônus da prova deve recair sobre a parte que tiver melhores condições de provar o alegado. Vale ressaltar que essa teoria deve ser entendida como uma exceção à regra, apenas sendo utilizada quando as circunstâncias da causa exigirem tal comportamento do órgão julgante.

Ademais, vale mencionar que tal distribuição dinâmica do ônus da prova, por ser uma determinação judicial em caráter de exceção, em tese, não deverá ocorrer no momento da sentença, mas sim em momento prévio para que a parte sobre a qual recaía o ônus tenha a possibilidade de realizar os atos necessários para o fim de provar os fatos de seu interesse. Tal solução é a que, ao nosso ver, mais se coaduna com a ideia de efetividade do processo, respeitando assim os princípios do devido processo legal, contraditório, igualdade, entre outros.

Em resumo, tendo por base os princípios de ordem constitucional e processual, nota-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova já poderia ser aplicada nos processos judiciais, isso porque, com a aplicação da teoria, o processo tem uma maior possibilidade de aumentar sua efetividade, com a prestação jurisdicional adequada e justa, com vistas à pacificação social.

Por fim, percebe-se que o Projeto do Novo Código de Processo Civil caminha na direção da moderna doutrina relacionada ao tema do ônus da prova, em especial, quando prevê a possibilidade do magistrado distribuir dinamicamente o ônus da prova nos casos que as características da causa assim exigirem, desde que fundamentadamente e observando o contraditório. Em complemento, o Projeto do Novo Código de Processo Civil parece também acertar quando determina que, nos casos de distribuição do ônus da prova de modo diverso das regras gerais, deverá a parte ter a oportunidade para desempenhar o ônus que lhe foi atribuído.

Em arremate, nesses casos é possível verificar a preocupação da Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto em evitar a surpresa no ambiente processual e também com o respeito aos princípios do devido processo, da necessária motivação e do contraditório, definindo assim, em especial, os requisitos para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus prova, em princípio, trazendo mais certeza para o ordenamento jurídico e para as pessoas integrantes da relação processual.

BIBLIOGRAFIA

AMBROSIO, Graziella. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e técnica processual. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário, 2: tomo I – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. Teoria geral do processo. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

DESTEFENNI, Marcos. Processo civil: individual e coletivo. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 17ª edição rev., ampl. e atual. Especialmente de acordo com as Leis nº 12.424/2011 e 12.431/2011. São Paulo: Atlas, 2013.

GIANCOLI, Brunno; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antônio. Difusos e coletivos: direito do consumidor. 2ª Edição. Coleção elementos do direito, vol. 16. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado – São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, volume 2: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais). 19ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado : responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova in TUCCI, José Rogério Cruz; RODRIGUES, Walter Piva; e AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Coordenadores) – Processo Civil: Homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MOUZALAS, Rinaldo. Processo Civil: volume único. 6ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; FONSECA, João Francisco N. da. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 45ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2010.

RADLOFF, Stephan Klaus. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078/90. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, Volume I, 47ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo, Curso Avançado de Processo Civil, Volume 1: teoria geral do processo de

conhecimento / coordenação Luiz Rodrigues Wambier. - 9ª Edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.