



FACULDADE
**BAIANA DE
DIREITO**

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

BEATRIZ LOPES CAMPOS DA SILVA

**A CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO
ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

SALVADOR

2019

BEATRIZ LOPES CAMPOS DA SILVA

**A CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO
ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Pós Graduação da Faculdade
Baiana de Direito e Gestão como requisito
essencial para obtenção do certificado de
Especialista em Direito Processual Civil.

SALVADOR

2019

BEATRIZ LOPES CAMPOS DA SILVA

**A CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO
ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Pós Graduação da Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito essencial para obtenção do certificado de Especialista em Direito Processual Civil.

Salvador em ___ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

(assinatura)

Nome do examinador - Titulação

Instituição

(assinatura)

Nome do examinador – Titulação – Orientador (a)

Instituição

(assinatura)

Nome do examinador (orientador) - Titulação

Instituição

AGRADECIMENTOS

Finda a missão resta à reflexão do quão contraditório é o ato da escrita, afinal, ao mesmo tempo em que se trata de uma tarefa solitária torna-se quase que impossível concluí-la sem a ajuda que algumas pessoas.

Por todo esse apoio faz-se necessário deixar registrado os meus agradecimentos àqueles que foram importantes nos transcorrer da pesquisa proposta, pois sem eles é bem provável que as páginas a seguir estivessem em branco.

Agradeço primeiro a Deus por ter me dado forças em cada obstáculo dessa caminhada. A meu esposo, Igor, que, com todo seu amor e paciência sem tamanho, me apoiou desde o início do curso até o fim, silencioso em pequenos gestos de dedicação e lealdade surpreendentes, sempre ao meu lado para que a minha humilde pesquisa pudesse se concretizar e a minha família e amigos, pelo apoio, carinho e compreensão. Sem vocês as coisas teriam menos sentido.

“A persistência é o menor caminho do
êxito”.

(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente ensaio visa promover uma reflexão a respeito da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua consolidação alcançada pelas inovações constantes no Código de Processo Civil em vigor, além da sua aplicabilidade face ao Direito do Consumidor e o Direito Trabalhista. Apesar de permanecer em vigor a regra de distribuição de ônus da prova estática que determinar que o autor faça prova dos fatos constitutivos de seu direito e que o réu demonstre os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, o acolhimento dessa teoria revela o caráter inovador do Código de Processo Civil, que em consonância com os princípios constitucionais do acesso a justiça e do devido processo legal em consonância, ainda, com o princípio da boa-fé objetiva, prevê a possibilidade de o juiz, motivadamente, alterar essa distribuição do ônus, afim de garantir a igualdade formal e material entre os litigantes, de modo que seja possível um processo justo.

PALAVRAS-CHAVE: Prova. Ônus da prova. Distribuição dinâmica. Momento de inversão.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	08
2	PROVA.....	11
2.1	CONCEITO DE PROVA.....	14
2.2	OBJETO DA PROVA.....	17
2.3	DIREITO A PROVA.....	20
2.4	MEIOS DE PROVA.....	23
2.5	DESTINATÁRIOS DA PROVA.....	26
2.6	O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A PROVA.....	29
3	ÔNUS DA PROVA.....	35
3.1	BREVE HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA.....	37
3.2	CONCEITO DO ÔNUS SUBJETIVO E OBJETIVO DA PROVA.....	40
4	A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	43
4.1	O MOMENTO PROCESSUAL DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	48
4.2	A APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	53
4.3	A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	59
4.4	A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO TRABALHISTA.....	62
5	CONCLUSÃO.....	67
	REFERÊNCIAIS.....	70

INTRODUÇÃO

O processo judicial de conhecimento tem por objeto constituir os fatos alegados pelas partes, que deverão ser devidamente comprovados em juízo, sua composição se dá por três pólos definidos nos seguintes termos: o autor, que apresentará suas alegações e deverá prová-las a fim de sustentar a existência do seu direito em detrimento do demandado, o réu, a quem resta a incumbência de combater as alegações do promovente, buscando eximir-se da obrigação que este pelega lhe imputar e, por fim, o juiz, na qualidade de administrador da Justiça do Estado, como figura imparcial do conflito, que irá contrapor os argumentos trazidos à baila processual, decidindo, por força da sua autoridade pública, a lide de acordo com sua convicção considerando os fatos narrados e provados em sede da instrução probatória.

A atividade jurisdicional desempenhada pelos Magistrados busca alcançar à resolução dos conflitos da sociedade, desta maneira, pretendendo o autor ver confirmada em juízo a existência de um direito, não lhe basta tão somente indagar pretensões e o réu as combatê-las, visando eximir-se do que lhe tenha sido imputado, necessita que a sentença declare, de maneira enfática, o direito então perseguido, e para isto, deve motivar o convencimento do juiz por meio de provas da ocorrência do fato de que ele decorre.

Nesse contexto, resta demonstrada a importância das provas no campo da tutela judicial, de modo que a instrução probatória exerce papel fundamental no tocante ao convencimento não só do magistrado, mas também dos litigantes, sobre a quem, de fato, detém o direito acerca da matéria fática alegada pelas partes.

O ônus da prova, por sua vez, trata-se do instituto que tem por finalidade, não apenas demonstrar os fatos alegados, mas também os impeditivos, modificativos e extintivos de igual modo, diante dessa dialética e da possibilidade da dinamização da aplicabilidade do ônus da prova, o assunto será apresentado nesse ensaio, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, de maneira conceituada, sendo discorrido através do estudo didático dos ensinamentos doutrinários de alguns dos mais renomados mestres das ciências jurídicas, analisando ainda, de forma crítica, as divergências e as concordâncias doutrinárias e jurisprudenciais,

sem, contudo deixar de referenciar o caráter funcional em face da prática militante e diligente da advocacia.

O Código de Processo Civil vigente inovou quanto ao sistema de distribuição dos ônus probatórios, em conformidade com alguns princípios constitucionais que buscam facilitar o acesso à justiça e, assim, alcançar a verdade quanto ao direito pleiteado, atendendo ao clamor doutrinário que já vinha trazendo a esfera jurídica uma análise mais dinâmica a distribuição do ônus da prova.

Diante de tais inovações e de suas aplicabilidades esse estudo busca analisar os aspectos do ônus da prova, suas regras de distribuição, a aplicabilidade prática da inversão tanto no processo comum, quanto na seara trabalhista, em face das alterações trazidas pela Reforma descrita na Lei 13.467/2017, e ainda, em sede da legislação consumerista, pioneira na sua aplicabilidade no direito brasileiro, além de verificar qual o momento adequado para tanto.

Assim, ao analisarmos os aspectos inerentes a distribuição do ônus da prova no âmbito do direito processual nos deparamos com a criação de um sistema misto que existe abstratamente na lei, ou seja, a forma de distribuição poderá ser estática, nos termos da Lei, ou diante da apreciação do caso concreto, considerando suas especificidades e de forma motivada, modificada pelo juiz.

Essa segunda aplicação apresenta-se como meio essencialmente utilizado na busca da demonstração da veracidade dos fatos controvertidos, permitindo ao mesmo que em conforme previsão legal ou diante de determinada singularidade da causa, relacionadas à impossibilidade ou dificuldade extrema em cumprir o encargo da produção probatória ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa.

Contudo, não é possível deixar de observar que a regra geral dispõe que os fatos devem sempre ser provados, salvo as exceções previstas no bojo do artigo 374, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: os notórios, aqueles afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontroversos e, em cujo favor, milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Consagra-se, legislativamente, a determinação de que o ônus da prova deve ser distribuído a parte que apresentar maior facilidade em produzi-la. Respeitando, ainda, a elogiável vedação a essa inversão contida no § 2º do artigo 373, do

Código de Processo Civil, que de forma cuidadosa a proibi sempre que possa gerar situação em que a desobrigação do ônus pela parte seja impossível ou de extrema dificuldade.

Busca-se, ainda, apresentar a importância de como se processa a aplicação de tais institutos na prática processual, diante das considerações inerentes ao campo teórico sem deixar de trazer ao corpo textual a realidade pratica da vivência jurídica de militância diligente e através de esclarecimentos jurisprudenciais.

Ao final, pretende-se concluir que ainda que a regra geral determine que o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer, a flexibilização trazida pelo Código de Processo Civil vigente, trouxe algumas inovações acerca do ônus da prova alcançando a lógica jurídica do atual sistema, permitindo aos litigantes a obtenção de uma sentença justa, em consonância os princípios constitucionais que buscam garantir o melhor acesso a justiça e o respeito a boa-fé objetiva face ao comportamento cooperativos entre os sujeitos processuais como base e objetivo do Estado Democrático de Direito.

2. PROVA

Visando melhor elucidar o assunto abordado no presente estudo, antes de adentrar a análise das peculiaridades da distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos estabelecidos pelo Código de Processo Civil vigente e sua aplicabilidade na esfera trabalhista, bem como face ao Direito do Consumidor, cumpre trazer a baila considerações inerentes ao instituto da prova no Direito Brasileiro, sua relação direta e indireta com a possibilidade de alcançar o cumprimento do direito constante em termos legais, além da sua aplicabilidade face às alterações trazidas pelo atual Código de Processo Civil.

Em linhas gerais temos que provar é o mesmo que persuadir, reconhecer, aprovar e demonstrar, em sentido jurídico, por sua vez, fazemos uso das palavras De Plácido e Silva (1973, p.656) para preceituar esse estudo:

“Do latim proba, de probare (demonstrar, reconhecer, forma juízo de) entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação, que se faz, pelos meios legais da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado. A prova consiste, pois, na demonstração de existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. E, nesta razão, no sentido processual designa também os meios, indicados em lei para realização dessa demonstração, isto é, a soma de meios para constituição da própria prova, ou seja, para a conclusão ou produção da certeza. A prova pode fundar-se na afirmação ou na negociação de fatos, sobre que se pretende tenha nascido ou originado direito. Assim, orienta-se na afirmação positiva ou na afirmação negativa do fato contestado, de cuja demonstração decorrerá a certeza da afirmação. A prova, por isso, constitui, em matéria processual, a própria alma do processo ou a luz, que vem esclarecer a dúvida a respeito dos direitos disputados. Mas, tomada num duplo sentido, objetivo e subjetivo, não se mostra somente a demonstração material, revelada pelo conjunto de meios utilizados para a demonstração da existência dos fatos (sentido objetivo), como também a própria certeza ou convicção a respeito da veracidade da afirmação feita (sentido subjetivo). E, assim sendo, juridicamente compreendida, a prova é a própria convicção acerca da existência dos fatos alegados, nos quais se fundam os próprios direitos, objetos da discussão do litígio. Em conseqüência, somente há prova quando, pela demonstração se produz uma luz suficiente para achar a verdade ou quando os elementos componentes da demonstração estabelecerem uma força suficiente para produzir a certeza ou convicção. A força da prova objetiva ou da prova material produzindo a prova subjetiva ou convicção, é que forma integralmente a prova jurídica, gerando os efeitos pretendidos, isto é, os de estabelecer uma demonstração inequívoca acerca dos fatos alegados ou afirmados. Nessa acepção, incluem-se, especialmente, as provas propriamente ditas, decorrentes da materialidade de fatos, de que se formou a certeza. São as provas diretas ou demonstradas por eles, no que diferem as provas indiretas, constituídas pelos indícios e presunções”.

As provas são fundamentos indispensáveis não só no processo civil, mas em todos os procedimentos jurisdicionais, pelo qual deve se basear qualquer decisão judicial nos dias atuais, conforme bem salienta a doutrina contemporânea:

A idéia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade. Realmente, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo "que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente". Tem-se (ou, tinha) essa idéia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge a regra. Também o juiz, na atividade cognitiva do processo, tradicionalmente é visto como alguém que tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre esses a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo de subsunção –, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador. (MARINONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.250-251).

A ausência da prova pode fazer com que a decisão, independente da matéria jurídica, tenha sua validade questionada, além de atentar contra o que preceitua o princípio da isonomia, o qual, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal/88, determina a manutenção dos direitos fundamentais através do respeito à igualdade de todos, brasileiros e estrangeiros residentes no País, perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, face ao sistema jurídico brasileiro contemporâneo. Em consonância com o dispositivo constitucional a doutrina assevera:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art 5º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2010, p. 56).

Nesse mesmo sentido, caminham em conexão indubitável os princípios do contraditório, termo derivado da frase latina *audiatur et altera pars*, que significa "ouça-se também a outra parte", e da ampla defesa, se mostrando extremamente relevantes no estado democrático de direito, por meio do qual é agregada equidade a decisão judicial, conforme é possível analisar:

São figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. (...) O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório. (MENDONÇA JR, 2001, p. 55).

Assim, constatar a quem de fato pertence o direito pleiteado em sede processual, somente pode ser aferido por meio do exame das provas apresentadas em juízo ao magistrado que devesse analisá-las considerando as peculiaridades do caso em debate, conforme preceitua os ensinamentos de Cleber Lúcio de Almeida (2013, p.26):

(...) quem pretende ver confirmado em juízo a existência de um direito deve produzir a prova da ocorrência do fato de que ele decorre, o que permite afirmar que no processo, é a prova do fato de que decorre o direito que permite confirmar a sua existência e, com isso, conferir-lhe vida.

Muito embora os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por sua coexistência necessária no âmbito do processo civil, tenham por função assegurar a eficácia da produção probatória em juízo, buscando sempre alcançar a convicção do Estado Juiz de que o direito alegado é real, no entanto salientamos que, conforme a doutrina contemporânea define, diverge da busca da verdade como principal objetivo processual, senão vejamos:

Realmente, não se pode dizer, de um fato, que ele é verdadeiro ou falso: a rigor, ou o fato existiu, ou não. O que se pode adjetivar de verdadeiro ou falso é o que se *diz* sobre esse fato, a proposição que se faz sobre ele. O algo pretérito está no campo ôntico, do ser: existiu, ou não. A verdade, por seu turno, está no campo axiológico, da valoração: as afirmações é que podem ser verdadeiras ou falsas. (...) A prova, portanto, dificilmente servirá para reconstituir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Com base nessas premissas é que se costuma dizer que o processo não se presta à busca da verdade, sobretudo porque a verdade real é inatingível, que está além da justiça, bem como porque há outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar. Calcar a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, seria mera utopia. O mais correto, mesmo, seria entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível da real, da própria condição humana. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA 2017 p.52).

Portanto, a prova tem estreita relação com a possibilidade de assegurar o efetivo direito pela ordem jurídica, o que dispensa zelo especialmente no que tange a definição da parte a qual caberá o ônus probatório.

Diante da sua inegável relevância, a título exemplificativo, lançamos mão de uma análise prática da aplicabilidade e da importância que detém as provas no âmbito do sistema processual penal, sob o diploma específico que rege tais processos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no HC 96356 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que explicou nos seguintes termos:

Não se trata de valorar depoimentos prestados durante o inquérito e a posterior retratação em juízo. Busca-se saber se depoimentos colhidos durante o inquérito sem o contraditório, refutados por sinal em juízo, servem ou não à condenação.

Por fim, restou consignado em seu voto a vedação a condenação do réu, conforme passamos a analisar:

Conclui-se que o inquérito policial não pode ser sede de sentença condenatória, porquanto a prova testemunhal que nele se colhe só adquire valor jurídico mediante a sua jurisdicionalização na fase processual, sob o crivo do contraditório, o que não ocorreu na espécie, pois os depoimentos das vítimas colhidos na dita fase pré-processual reconhecendo o paciente como autor do delito não foram confirmados posteriormente em juízo.

Usando as palavras de Cristiano Chaves de Farias (2006, p.10) é possível descrever, ainda, a prova como “elemento argumentativo e dialético, utilizado pelo interessado para influir no estado de convencimento do magistrado”, e continuar analisando-a sob o prisma de direito constitucional, nos seguintes termos:

De mais a mais, é plenamente razoável afirmar a existência de um verdadeiro direito constitucional à prova (seja no âmbito penal ou civil) encartado implicitamente dentre as garantias fundamentais e decorrendo das manifestações do devido processo legal em sentido substancial e processual. É que a partir do devido processo legal decorre a afirmação de um direito de acesso à ordem jurídica justa, eficaz e adequada, conduzindo, com mão segura, à conclusão de que há um direito subjetivo de influir no espírito do julgador, convencendo-lhe dos argumentos apresentados, o que explicita um direito constitucional à prova.

Nesse mesmo sentido, discorrendo a cerca da direito à prova como garantia fundamental constitucional, que almeja garantir a efetiva proteção ao princípio da ampla defesa e do contraditório, Humberto Theodoro Junior (2014, p. 601) assevera sobre: “A importância do instituto da prova judicial nunca é pouco ressaltada já que não se pode, evidentemente, fazer justiça sem dominar, com segurança, o quadro fático trazido à consideração do órgão julgante”.

Restando demonstrado que a prova é um direito constitucional, ainda que sem determinação expressa, assegurado às partes no âmbito processual de praticar atos destinados a demonstrar a veracidade de suas alegações.

Em apertada síntese e considerando todos os ensinamentos doutrinários que referenciam este trabalho, podemos descrever a prova, no âmbito do direito processual, como conjunto de meios que são aplicados a fim de demonstrar a existência dos fatos jurídicos controvertidos, devendo ser colhida no processo de conhecimento, tendo como função fundamental esclarecer o magistrado no momento de proferir sua decisão.

2.1 CONCEITO DE PROVA

Em parâmetros didáticos, podemos dizer que o ato de provar, na esfera jurídica, significa utilizar a prova como instrumento que tem por finalidade alcançar a convicção do magistrado sobre a existência ou não de fatos que tenham relevância no deslinde do pleito constante no processo, diante dessa realidade, embora não haja uma conotação expressa e formal na Constituição Federal, o direito a produção da prova é um dos mais importantes e respeitados direitos constitucionais muitas vezes descrito como “o coração do processo”.

Analisando mais uma vez os posicionamentos do mestre Humberto Theodoro Junior (2005, p.29), podem, dentre tantos outros critérios, definir a prova como histórica ou crítica, nos seguintes termos:

As provas, segundo um dos vários critérios de classificação, podem ser históricas ou críticas. Por provas históricas compreendem-se as que têm como objeto o próprio fato a demonstrar, como, por exemplo, a procuração passada pelo mandante, o recibo emitido pelo *accipiens*, o testemunho de quem presenciou o ato ilícito, etc. Provas críticas não retratam diretamente o fato *probando*, mas permite ao juiz argumentar sobre outros fatos conhecidos para eles deduzir a existência do fato indagado mas realmente não provado. Por isso, as provas históricas são também chamadas provas diretas, e as críticas, provas indiretas. A prova crítica por excelência é a que se forma por meio de presunções, que, na definição do art. 2.727 do Código Civil italiano, se apresenta como consequência que a lei ou o juiz extraem de um fato conhecido para chegar a um fato não conhecido.

Analisando os ensinamentos de Candido Rangel Dinamarco (2009, p.43) é possível conceituar a produção probatória como: "um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento.", dessa maneira resta determinado que provar, no âmbito jurídico processual, é demonstrar a verdade de uma proposição decorrente de seu significado diante de uma operação mental de comparação exercida pelo magistrado em busca da solução mais equânime para o conflito em debate.

Buscando solidificar a conceituação até então apresentada neste estudo acerca do instituto da prova, lançamos mão dos ensinamentos da doutrina brasileira onde é possível verificar que a prova ira se apresentar através de pilares básicos, um objeto, uma finalidade e um destinatário, conforme define Humberto Theodoro Junior (2016, p. 870):

Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, relevantes para o julgamento da causa. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio. Os meios legais de prova são os previstos nos arts. 369 a 484 do NCPC, mas, além deles, permite o Código outros não especificados, desde que "moralmente legítimos" (art.369).

Fazendo uso, ainda, do que ensina Humberto Theodoro Junior (2016, p. 867), em face da análise do conceito em linhas específicas, resta determinado que prova é o meio de demonstração, de caráter objetivo e subjetivo, da veracidade das alegações existentes em um processo judicial, através da exteriorização de seus vários meios, senão vejamos:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um objetivo, isto é como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, as perícias etc.); b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

A objetividade da prova solidifica-se através de seus meios, através dos quais o magistrado visa confirmar a veracidade dos fatos que foram levados à sua apreciação, nas palavras de Fernando Rubin (2013, p.43) tratam-se de: “todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.”

Enquanto a subjetividade refere-se à possibilidade de determinar a formação da convicção do julgador. Mas também é preciso considerar que é possível verificar a compreensão do subjetivo, segundo Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 592), pela: “certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.”

Segundo Humberto Theodoro Junior (2016, p.870) ao discorrer sobre as características das provas: “Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados e observando os conceitos aqui apresentados é possível verificar que a produção probatória possui elementos bem específicos, quais sejam objeto, finalidade, destinatário, meios e métodos, não restando dúvidas a cerca da importância da efetivação do direito fundamental à prova diante da sua destinação frente ao fato consubstanciado nas versões apresentadas pelas partes em um processo judicial.

Os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior (2016, p.870) demonstram que é possível afirmar que o objeto da prova judiciária é constituído pelos fatos deduzidos pelas partes, a finalidade, por sua vez, atine à formação da convicção do juízo. Já os meios são os instrumentos utilizados visando à fundamentação do direito pleiteado e os métodos são caracterizados através da observância dos princípios e normas processuais que se exteriorizam mediante o decurso do procedimento probatório.

Para que seja alcançada sua finalidade é imprescindível que a prova esteja passível de admissibilidade, que se caracteriza pela ausência de proibição legal, ou seja, todos os meios legais, previstos nos artigos 369 a 484 do Código de Processo

Civil, bem como os moralmente legítimos, conforme artigo 369, ainda que não especificados no referido Diploma Legal, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a pretensão da ação ou a sua defesa, conceituando dessa forma o princípio da livre admissibilidade da prova, conforme apresentou o Ministro Marco Aurélio Bellizze em seu voto em Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Os princípios da livre admissibilidade da prova e da persuasão racional, nos termos do art. 130 do CPC/1973, autorizavam o julgador a determinar as provas que entendesse necessárias à solução da controvérsia, bem como o indeferimento daquelas que considerasse desnecessárias ou meramente protelatórias. Assim, infirmar o entendimento alcançado pelo acórdão recorrido com base nos elementos de convicção juntados aos autos, a fim de se concluir pela imprescindibilidade de esclarecimentos no laudo pericial, tal como buscam os insurgentes, esbarraria no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. (AgInt no AREsp 991.175/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 01/03/2017).

Conforme demonstrado através da análise do entendimento jurisprudencial, faz-se necessário ainda que seja pertinente no que diz respeito à aptidão do meio de prova escolhido, visando demonstrar os fatos alegados e concludente no que se refere ao esclarecimento do juízo com relação aos fatos expostos no processo, assim, mais uma vez seguindo os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior (2016, p.871) é possível afirmar que:

Há, outrossim, um método ou sistema processual preconizado legalmente para o emprego dos meios de prova que forma o procedimento probatório minuciosamente regulado pelo Código e que deve ser observado pelas partes e pelo juiz para que a apuração da verdade fática seja eficaz para fundamentar e justificar a sentença. Desse modo, só o que consta regularmente dos autos pode servir de prova para o julgamento da lide (*quod non est in actis non est in mundo*).

Sobre este tópico ainda é possível concluir que a prova não se presta apenas ao convencimento do magistrado, conforme sua função de trazer aos autos fundamentos ao direito requerido, mas também da parte contrária, ainda que, a segunda hipótese raramente seja alcançada na prática.

2.2 OBJETO DA PROVA

Em linhas pedagógicas podemos descrever o objeto da prova como meio que busca demonstrar o que se pretende provar, considerando que apenas os fatos devem ser provados, pois a parte não é obrigada a provar o direito, conforme ensina Humberto Theodoro Junior (2016, p.871):

Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. Contudo, o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos.

Diante dessa análise partimos da premissa básica que o juiz conhece o direito, já os fatos precisam ser narrados pelo autor, pelo réu ou por terceiro interessado, o que na técnica processual refere-se aos acontecimentos jurídicos ou aos atos jurídicos ou ilícitos, que determinam o conflito intersubjetivo de interesse, assim, “somente alegações a respeito de fatos pertinentes e relevantes para o processo constituem objeto de prova” (MARINONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.260), e a partir de então juiz analisara a aplicação pratica do direito em si, conforme é possível verificar no julgado a seguir:

(...) Exposto o fato, o juiz aplicará o direito, ainda que não alegado o dispositivo legal ou alegado equivocadamente. Aplicação do princípio iura novit cúria, que se traduz no dever que o juiz tem de conhecer a norma jurídica e aplicá-la por sua própria autoridade. (TRF-1 – EINRC: 777 TO 2006.43.00.000777-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 06/02/2013, SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: e-DJF1 p.30 de 27/02/2013).

Em tempo, visando predeterminar o objeto da prova, passamos a analisar o conceito de fatos relevantes, como aqueles acontecimentos e condutas que, uma vez apresentados pelas partes no âmbito processual, tornam possível o alcance do justo resultado no deslinde do feito, conforme orientações de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 281):

Fatos relevantes são aqueles cujo reconhecimento seja capaz de influir nos julgamentos a proferir no processo. Mais precisamente, são os acontecimentos ou condutas que, havendo sido alegados na demanda inicial ou na defesa do réu, tenham em tese a desejada eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva pretendida por aquele que os alegou.

Entrementes o julgador não está condicionando a aplicar à espécie a norma legal em que a parte assentou sua pretensão, ou seja, apresentada a prova que corrobore com o fato narrado confirmando, assim, a existência do direito, caberá ao julgador acolher o pleito, não obstante, caso entenda ser pertinente e necessário, até mesmo, por fundamento jurídico diverso ao apontado pela parte que almeja a pretensão, se este for o caso.

Ressalvada as hipóteses previstas no artigo 376, do Código de Processo Civil, onde, quando alegado pela parte direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, poderá exigir o juiz a respectiva norma legal na qualidade de prova, como podemos analisar:

Excetua-se dessa regra, ao menos aparentemente, a possibilidade de o juiz exigir a prova do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Tal é o que prevê o art. 376, autorizado o magistrado a, em havendo necessidade de recorrer a essa espécie de direito, poder determinar a prova de seu teor e sua vigência à parte que o alega. A exceção, porém, é mais aparente que real. Na verdade, muito embora o preceito fale em prova da alegação do direito, a verdade é que direito não se alega; direito invoca-se, supondo-se, em virtude do brocardo *lura novit cúria*, que o juiz conheça. O que se alega são fatos. E, a prova admitida no dispositivo, a rigor, não é a prova “do direito”, mas apenas a prova do teor e da vigência de determinada norma, o que obviamente é questão que não pode ser rigorosamente qualificada como prova do direito. (MARINONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.260).

Contudo é prescindível a prova, conforme prevê o artigo 374, do Código de Processo Civil, em se tratando de fatos notórios, determinados como aqueles que são inerentes à cultura mediana de determinado meio social no momento do julgamento da causa, igualmente, não há necessidade de provar fatos confessos e incontroversos, sendo considerado incontroverso o fato admitido no âmbito processual, independentemente de alegação ou confirmação das partes, como pontuam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2011):

O autor está dispensado de provar esses fatos e, por conseqüência, o juiz não necessita formar convicção sobre eles enquanto fatos individuais, devendo os considerar provados quando da valoração do conjunto probatório, isto é, das demais provas e argumentos de convicção.

No intuito de melhor referenciar o presente estudo, usamos as palavras de Humberto Theodoro Junior (2016, p.872) para conceituar os fatos notórios:

A propósito dos fatos notórios, já os antigos praxistas ensinavam que *notória non egent probatione*. São notórios os acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestes, como datas históricas, os fatos heróicos, as situações geográficas, os atos de gestão política etc.

Quanto aos fatos incontroversos, seguimos fazendo uso do quando ensina o aclamado doutrinador, ao conceituar da seguinte maneira:

Também o fato incontroverso não é objeto de prova, porque prová-lo seria inutilidade e pura perda de tempo, em detrimento da celeridade processual que é almejada como ideal do processo moderno. Para que algum fato seja objeto de prova é necessário que sobre ele tenha se instalado uma questão (ponto controvertido) relevante para o julgamento da causa. As afirmações ou alegações que não são questionadas entre os litigantes prescindem de prova, nos termos do art. 374, III, do NCPC. É que não havendo divergência entre as partes a seu respeito, os fatos incontroversos não compõem o dissídio (lide) a ser julgado. A lide começa depois deles. (THEODORO JUNIOR, 2016 p.873).

Nessa mesma esteira da mencionada desnecessidade no que tange a precedência da prova da demonstrar a veracidade dos fatos alegados ou combatidos, caminham os fatos cuja existência já possuem presunção legalmente preconcebida, senão vejamos:

Também são inteiramente desnecessárias e inúteis as provas de fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Assim, o filho nascido nos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal não precisa provar que sua concepção se deu na constância do casamento (Código Civil 2002, art. 1.597, III); e o devedor que tem em seu poder o título de crédito não precisa provar o respectivo pagamento (Código Civil de 2002, art. 1.206). (THEODORO JUNIOR, 2016 p.873).

Por fim, é possível afirmar que constituem objeto da prova os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos que tem por finalidade convencer o magistrado a respeito dos fatos inerentes a causa em análise.

2.3 DIREITO FUNDAMENTAL A PROVA

Sinteticamente, podemos definir o direito à prova como o direito constitucional, ainda que sem previsão expressa, assegurado às partes em âmbito judicial de praticar atos que busquem demonstrar a veracidade das suas alegações, ou seja, a elas é assegurado à adequada oportunidade de produção probatória, participar da sua realização e falar sobre seus resultados, conforme ensina Humberto Theodoro Junior (2016, p. 868-869):

O acesso à justiça, mediante um processo justo, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo, figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio.

Direito de buscar tutela jurisdicional é a garantia que a reclamação junto ao Poder Judiciário resguardará o direito das partes de provarem suas alegações pelos modos necessários em todos os meios de prova previstos em lei, conforme podemos verificar:

Não deve haver dúvida de que o direito a produzir prova no processo constitui um direito constitucional, apoiado tanto na garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF) como nos direitos ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF). Em termos mais gerais, pode-se dizer que esse direito constitui elemento indissociável do direito ao processo justo, que constitui toda estrutura do nosso direito processual civil. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.260).

Conforme já suscitado, muito embora não haja menção expressa e formal no texto da Constituição Federal, o direito à prova encontra conexão e suporte em diversos princípios constitucionais, desta forma verifica-se sua positivação como um dos direitos fundamentais garantidos ao cidadão, sendo possível analisar sua importância e aplicabilidade como observa Cleber Lúcio de Almeida (2014, p.35) na análise aqui apresentada:

(...) na Constituição da República de 1988, o direito à prova é reconhecido, de forma expressa e implícita, o que dá no Título II da Constituição, no qual são disciplinados os “Direitos e Garantias Fundamentais”, tratando-se, portanto, de um direito fundamental. O exposto reconhecimento do direito à prova está no art. 5º, LV. Com efeito, ao reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa, a Constituição faz o mesmo em relação ao direito à prova, na medida em que a prova é um dos meios inerentes à defesa dos direitos em juízo (a parte tem o direito de se defender provando). De outro lado, o reconhecimento do direito à prova é uma consequência necessária do reconhecimento do direito: a) à dignidade humana, posto que esta somente se realiza no gozo pleno dos direitos que lhe são inerentes, para o qual contribui, no processo, a prova; b) de liberdade, vez que a prova constitui uma exigência e uma dimensão da liberdade das partes; c) de acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, ao processo justo, à não admissão da prova ilícita, à democracia processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento. Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático é reconhecer o direito à prova, posto que no processo verdadeiramente democrático as partes têm o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, e uma das formas de fazê-lo é fornecer ao Juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência de tais fatos controversos.

O atual Código de Processo Civil, diante da sua concepção voltada ao desenvolvimento de um sistema processual lógico e íntegro no campo dogmático tem por acepção “a adoção de uma solução integrada dos litígios como corolário da garantia constitucional do livre acesso do inc. XXXV do art. 5.º da CR/1988” (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p.261), solidificando a aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nos termos previstos no rol de direitos e garantias fundamentais.

Seguindo os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p 261) é possível afirmar que resta assegurando ao cidadão o acesso à justiça e/ou o direito de ação, uma vez que o diploma processual, diante das suas mudanças e adequações, positivou a não exclusão à apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, senão vejamos:

Clarificado esse ponto, conclui-se que as normas presentes no Código de Processo Civil que impõe algum dever de colaboração probatória nada mais são do que desdobramento infraconstitucional de imposição que já são, antes, abraçados pela própria Constituição Federal. Esse esclarecimento é importante, até para que não se diminua a importância desses deveres e se imagine que tais deveres estão subordinados a direitos infraconstitucionais. Isto seria clara subversão da própria interpretação do papel e da estrutura dos direitos fundamentais. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.261).

Em suma, trata-se da possibilidade de provocar a prestação jurisdicional para garantir a tutela de direitos, ou seja, é um direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais.

O princípio do contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, trata-se da garantia de que nenhuma das partes pode ser onerada pelos efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de figurar no processo do qual esta provém, ou seja, sem ter lhe sido permitido o direito de defesa para alcançar uma efetiva participação na formação da decisão judicial.

O Código de Processo Civil vigente compactua com tal previsão segundo bem delimita seu artigo 9º ao determinar que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

A denominação do princípio, deriva da frase em latim *Audi alteram partem* (ou *audiaturet altera pars*) tendo por significado literal "ouvir o outro lado", ou "deixar o outro lado ser ouvido bem", implicando, assim, a necessidade de uma dualidade entre as partes litigantes no processo em posições jurídicas opostas entre si, de modo que o juízo responsável pela instrução do caso e por proferir a sentença assumam uma posição neutra no litígio, limitando-se a julgar de maneira imparcial segundo as pretensões, alegações e provas trazidas aos autos pelas partes, visando manter a coerência lógica da decisão, como bem ensina Luiz Guilherme Marinoni (2005):

A coerência lógica é interna à decisão, defluindo da adequação da motivação, ao passo que, muitas vezes, a decisão deixa de se relacionar de modo pertinente com a prova, seja por não considerar um fato provado, seja por admitir um fato não provado. Nesse caso há o que se chama de ausência de congruência entre a decisão e os fatos provados.

Às partes, assim como os demais sujeitos processuais, é garantido o direito de usar quaisquer meios de prova, desde que em concordância com as delimitações previstas na legislação, para demonstrar os fatos que corroboram com seus argumentos visando formar o convencimento do julgador de forma positiva à sua pretensão:

Por isso é que, se o Estado garante ao particular o direito de ter apreciado, pelo Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito, e garante ainda a ampla defesa e o contraditório às partes do processo, então também está albergado o direito constitucional à prova. Percebendo isso, prevê o art. 369, que as partes (e todos os sujeitos que participam do processo) têm o direito de utilizar quaisquer meios de prova, previstos expressamente ou não vedados, para demonstrar seus argumentos de fato e influir eficazmente na convicção do juiz. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.261).

Todavia, a prova não se restringe a um direito no campo processual, ela é um dever, nos termos dos deveres de lealdade e de boa-fé processual, para que o

Estado possa desempenhar adequadamente seu papel jurisdicional de decidir as controvérsias que lhe são apresentadas, o que podemos analisar:

Assim, dentro dos limites do debate processual, a infração ao princípio da boa-fé pode, por exemplo, gerar tanto a preclusão de um poder processual (*supressio*) como o dever de indenizar (em caso de dano), ou, ainda, a imposição de medida inibitória, de sanção disciplinar, de nulidade de ato processual etc. (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p.206 - 207).

No entanto, como todos os demais direitos constitucionais, o direito à prova, também não pode ser descrito como absoluto, possuindo limitações físicas, materiais, legais, práticas e/ou lógicas, conforme podemos exemplificar através dos artigos 5º, LVI, da Constituição Federal o qual assevera como inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos e o quanto prevê os artigos 369, 370 e 374 do atual Código de Processo Civil.

Quanto ao artigo 369 que prevê as partes o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz, editou-se ainda o Enunciado 516, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis que orienta que sejam consideradas fundamentadas as decisões sobre os fatos, devendo o juiz analisar as provas capazes, ainda que em tese, de infirmar a conclusão adotada. Os artigos 370 e 374, por sua vez, visam proteger a celeridade processual determinando as provas necessárias e quais fatos não dependem de provas, evitando diligências inúteis e protelatórias, em seus termos.

Por fim, resta claro que as inovações trazidas pelo atual Código de Processo Civil em consonância com a previsão constitucional visam afirmar a cooperação processual, no cenário aqui analisado, face ao direito e dever de provar, independentemente de serem interessados ou não em determinada demanda processual.

2.4 MEIOS DE PROVA

A norma processual comum brasileira dispõe a cerca da possibilidade de trazer aos autos diversos meios de prova, sendo admissível a produção em juízo regida pelo artigo 369 do Código de Processo Civil que determina que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais”, os especificados no Diploma Processual foram a ata notarial (artigo 384), o depoimento pessoal (artigos 385 a

388), a confissão (artigos 389 a 395), a exibição de documentos (artigos 396 a 404), a prova documental (artigos 405 a 441), a prova testemunhal (artigos 442 a 463), a prova pericial (artigos 464 a 480), a inspeção judicial (artigos 481 a 484) e por fim, a prova emprestada (artigo 372).

O mesmo dispositivo admite, também, os moralmente legítimos, que se definem através dos clássicos indícios e presunções, os quais, em seus termos, “ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”. Nessa mesma linha Código Civil de 2002, em seu artigo 212 prevê ainda como meio de prova a presunção, assim é possível afirmar:

A convicção do juiz deve ser estabelecida segundo meios ou instrumentos reconhecidos pelo direito como idôneos, isto é, conforme as provas juridicamente admissíveis. Mas não é atributo apenas do Código de Processo Civil a discriminação dos meios de prova. (THEODORO JUNIOR, 2016, p.917).

Assim os meios de prova, ainda que não estejam expressamente tipificados na lei, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 320), passam a figurar como provas atípicas, tornando-se hábeis para provar a verdade dos fatos em que se baseiam as alegações pleiteadas na ação ou contestadas em sede de defesa, ou seja, não há limitação no que tange a aceitação de provas estritamente expressa, continuando a análise doutrinária, verificamos ainda que:

Diante do exposto, é forçoso concluir que o novo Código, assim como o de 1973, foi bastante liberal em matéria de meios de prova, mostrando-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, nas quais, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível. (THEODORO JUNIOR, 2016, p.918).

Conforme demonstrado desde que os meios de prova sejam concebidos em conformidade com a norma legal constante no já mencionado artigo 369, tornam-se aptos ao deslocamento desses esclarecimentos para fundamentar a instrução probatória, senão vejamos:

Esse artigo, ao aludir a meios de prova não especificados no CPC, deixa claro que os meios de prova podem estar previstos em qualquer lei – e nesse sentido seriam “meios legais” – ou não ter previsão expressa em lei alguma (*meios tipificados na lei*). Esses últimos seriam, nos termos do dispositivo, os chamados “meios moralmente legítimos”. Ou seja, os meios moralmente legítimos são meios que, embora não expressamente previstos na lei, estão de acordo com o direito.”. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.319).

No entanto, é preciso observar o que dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVI, no qual resta determinado que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, a razão de ser dessa proibição se dá pela insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano material, ou seja, na busca pela maior proteção dos direitos é preciso destituir a aplicabilidade das provas viciadas no processo, senão vejamos:

O art. 5º, LVI, da CF não nega o direito à prova, mas apenas limita a busca da verdade, que deixa de ser possível através de provas obtidas de forma ilícita. O interesse no encontro da verdade cede diante de exigências superiores de proteção dos direitos materiais que podem ser violados. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p.327).

Assim compreendemos a prova ilícita como aquela obtida por meio de algum tipo de violação as limitações constitucionais ou infraconstitucionais, apresentando-se como nula qualquer tipo de prova que seja constituída através da abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e/ou telecomunicação do indivíduo.

Nesses termos o enunciado 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, entende cabível a aplicação na esfera processual civil, por analogia, das exceções previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, buscando afastar a ilicitude da prova, sendo “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”, no entanto, “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”.

Por fim, “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”

Ainda diante da produção e admissibilidade dos meios de prova, faz-se necessário ressaltar a prova que apresenta extrema dificuldade em ser produzida, denominada prova negativa ou diabólica.

Restando comprovado que foi respeitada a previsão legal durante toda concepção, como muito bem ensina Abelha Rodrigues (2007, p. 247) ao afirmar que “neste particular, o acesso aos meios de prova e a possibilidade de produzi-los no processo constituem um desses pilares do devido processo legal, sem o qual nega-se a própria existência da própria Justiça”, é possível utilizar essa ampla gama de meios de provas admitidos na legislação processual comum na busca por uma

decisão judicial abarcada na maneira mais precisa e convicta, complementado, apoiando e aprofundando os fundamentos já obtidos com novas informações, visando a determinação do esclarecimento amplo acerca dos fatos relevantes.

2.5 DESTINATÁRIOS DA PROVA

O Código de Processo Civil, em seu artigo 371, determina que o juiz deve apreciar a prova constante dos autos, independentemente do sujeito processual que a promoveu, revelando sua visão moderna voltada as garantias fundamentais ao direito a prova e levantando a questão quanto a quem é o destinatário da prova, o juiz ou o processo, nesse compasso Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 227) ensina que:

O destinatário ultimo da prova é o juiz. No processo, a prova não se destina à parte que a produz nem a seu adversário. Uma vez produzida, passa a integrar o acervo instrutório, pouco importando quem teve iniciativa de requerer sua produção. O juiz irá valer-se de todos os elementos probatórios reunidos para formar sua convicção, motivadamente.

Inicialmente, através de uma análise histórica, analisamos o que dispunha o Código de Processo Civil de 1939, que em seu artigo 118 discorria que “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte.” No entanto, prosseguindo a análise do artigo verifica-se a ressalva “quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não admitirá a prova por outro meio”. Em seu parágrafo único estabelecia, ainda, que o juiz tinha o dever de, na sentença ou despacho, indicar os fatos e as circunstâncias que motivaram o seu entendimento.

O artigo 131 do mesmo diploma legal nos permitia, ainda, observar que era possível verificar a determinação de que: “o juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento”.

Diante das inovações processuais passou-se a asseverar sobre o fim do principio do livre convencimento motivado, no entanto, tal posicionamento não é unânime, mas nos remete as pretensões do Novo Código de Processo Civil em alcançar maior relevância a visão normativa de cooperação no tramite processual, conforme é possível analisar:

Esta é uma das finalidades de um processo democrático lastreado numa teoria deontológica de comparticipação/cooperação, por nós defendida desde 2003, e projetada no Novo Código de Processo Civil, mediante a indução de balizas procedimentais fortes do contraditório como influência e não surpresa (art. 10), boa-fé (art. 5º), cooperação (art. 6º) e fundamentação estruturada da decisão (art. 489). (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p. 117 - 118).

Destacamos que tanto a doutrina clássica, quanto a jurisprudência tem posicionamento majoritário no que tange ao juiz apresentar-se como destinatário exclusivo da prova, conforme elucida Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.46):

A natureza processual da prova é intimamente associada à identificação do Juiz como seu destinatário. A produção da prova não é prerrogativa inerente à estrutura dos direitos, mas ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa. A idéia do processo como combate, ou jogo (Calamandrei), é apenas uma bela imagem e não deve distorcer a visão de que todos os atos das partes no processo são invariavelmente dirigidos ao Juiz: só indiretamente o adversário lhes sentirá os efeitos, a saber, quando o Juiz decide.

Todavia a visão da doutrina contemporânea na esfera processual civil, inicialmente, combate a idéia neutralidade do julgador em face de aplicação da lei no caso em concreto, senão vejamos:

(...) a apresentação do juiz como protagonista do sistema que com imparcialidade julga corretamente traz algo a ser contestado. O mito da imparcialidade (neutralidade) como blindagem ao elemento anímico do juiz faz crer no seu desinteresse no julgamento, de modo absoluto, conduzindo ao desprezo de suas pré-compreensões e propensões cognitivas solitárias no ato de julgar. (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p. 114).

Nessa mesma linha, reclama-se por uma nova concepção do destinatário da prova, conforme citado, o processo, uma vez que, pelo princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova, as provas pertencem ao processo, conforme assevera Fredie Didier (2017, p. 51-52) em sua obra, nos seguintes termos:

Por força da compreensão clássica de que a finalidade da prova é providenciar o convencimento do juiz, tem-se dito que ele, juiz, é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir. Sucede que, tal como vimos no item anterior, a prova não tem por finalidade apenas propiciar convencimento do juiz, senão também convencer as partes, permitindo-lhes decidir acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele. Daí a necessidade de concluir que também elas, partes, são destinatárias da prova – e, tal como o juiz, destinatárias diretas, visto que o resultado da atividade probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado – pense na hipótese de auto composição após a realização de perícia em que os fatos que sustentam a demanda ficaram devidamente demonstrados – ou mesmo evitar a judicialização de um conflito. (DIDIER, 2010, p.51-52).

A função do juiz é analisar as provas produzidas para fundamentar o pleito processual e, conseqüentemente, proferir decisão fundamentada, indicando as

razões da formação de seu convencimento. Assim, trazemos ao bojo, a análise de Arruda Alvim (2016, p.247-248) a cerca da questão:

O direito probatório é também informado pelo princípio da aquisição processual, ou princípio da comunhão da prova. Por este princípio, deve o Juiz fundamentar a decisão na prova dos autos, pouco importando quem tenha produzido (art. 371 do CPC/2015); a prova pertence ao processo e será, pelo seu valor intrínseco, sopesada pelo Juiz, independentemente de se ter originado da atividade deste ou daquele litigante, ou mesmo de atividade oficiosa do Juiz. É a partir dessa diretriz que podemos concluir que, embora seja o convencimento do Juiz que defina a valoração da prova, não é ele, o Juiz, o destinatário da prova, mas sim o próprio processo. A prova não é feita para o Juiz; é produzida para o processo.

Nelson Nery (2015, p.984-985), ainda, corrobora com esse entendimento, uma vez produzida à prova passa a fazer parte do processo, portanto, não é possível que o magistrado seja o destinatário da prova, mas sim o processo, senão vejamos:

Destinatário da prova. É o processo. O Juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o Juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o Juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir no autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indeferida a prova. Nessa circunstância, haverá cerceamento de defesa.

Diante da relevância e atualidade da discussão, foi publicado o Enunciado nº 50 no Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual tem aplicabilidade conexa aos artigos 369 e 370, caput, do Código de Processo Civil, descreve os destinatários da prova como sendo aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz. Passamos a analisar:

Como se vê, o juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil brasileiro –, quando os fatos não lhe parecerem esclarecidos, de determinar prova de ofício, independentemente de requerimento da parte ou de quem quer que seja que participe do processo, ou ainda quando estes outros sujeitos já não têm mais oportunidade processual para formular esse requerimento. (MARINONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p. 293).

Neste sentido, a idéia reforçada por este enunciado é que as provas produzidas pelas partes ou pelo juiz, por força dos seus poderes instrutórios, são de importante relevância, uma vez o que se busca no processo é a produção da prova para o deslinde da causa, e não visam apenas o convencimento do julgador, mas também o convencimento de todos que integram a lide, pois, apenas dessa maneira será efetivado o modelo processual cooperativo adotado pela novel legislação processual civil brasileira.

Em decorrência da cooperação entre partes e juiz, almeja-se que a produção de provas convença a todos, inclusive os possíveis terceiros interessados na demanda processual, para que por fim, também lhe sejam possibilitado averiguar a viabilidade recursal ou utilizem a prova produzida como estratégia para buscar um meio consensual de solução daquele litígio, minimizando suas perdas, como é possível verificar:

A teoria da prova, em nossa lei processual, não pode ser vista como algo manejável com indiferença à verdade, e como simples peça útil à resolução de conflitos. A função do processo é dar atuação efetiva à vontade concreta do direito, e não apenas dar solução a lides. A ordem constitucional se acha comprometida com a promoção da justiça, e não se garante a justiça, sem que o juiz (representante do Estado no processo) se empenhe em apurar a verdade dos fatos em torno dos quais se estabeleceu o litígio. Se a Constituição exige dele solução justa, é claro que lhe impõe o dever de se preparar, adequadamente, para conhecer a verdade e com base nela chegar à justa composição do conflito. Não é de outra forma que haverá de participar da construção da sociedade justa e solidaria programada pela nossa Constituição (art. 3º, I). (THEODORO JUNIOR, 2016, p.889 - 890).

Essa visão se mostra pertinente e eficaz se houver uma mudança comportamental dos sujeitos processuais a fim de garantir a plena efetividade do processo cooperativo.

Por conclusão, resta comprovado que, ainda que o posicionamento majoritário tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, seja de que o destinatário da prova é o juiz, verificamos o início da aplicabilidade de uma visão contemporânea por parte de alguns doutrinadores e julgadores que discordam de tal entendimento e comungam com a idéia de sua necessária modificação, a fim de buscar a garantia de um processo mais justo, cooperativo e que garanta o pleno contraditório, a ampla defesa e o direito à prova, para que sejam alcançadas decisões mais justas e que convençam à todas as partes litigantes, trazendo o processo como destinatário da prova.

2.6 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E A PROVA

Entre os anseios do sistema jurídico nacional, que antes mesmo da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, já vinha sendo manuseado pela construção jurisprudencial, o princípio da boa-fé objetiva apresentou-se como necessário a fim de garantir o devido processo legal, conforme é possível verificar no trecho retirado da ementa do julgado do STJ de 2014 – Resp: 1119361 RS

2009/0111518-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi, T3 - Terceira Turma, ainda sob a ótica do superado Código de Processo Civil:

Os princípios da boa-fé e da cooperação exigem que a atuação das partes integrantes da relação processual sejam balizadas pela ética e pela lealdade. O formalismo, nesse contexto, deve ceder diante de prática de condutas maliciosas ou ímprobas.

Nesse mesmo contexto, conforme ensinamento doutrinário acerca dos fundamentos e sistematização da referida lei, “a consolidação de premissas contra os comportamentos não cooperativos dos sujeitos processuais, de modo a induzir a assunção de responsabilidades por todos em consonância com a boa-fé objetiva.” (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p.203).

Outra análise doutrinária nos remete efeitos e da importância do princípio da boa-fé objetiva abarcados pelo novo Código de Processo Civil, conforme explica Fredie Didier (2015, p. 105 – 106):

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil e penal. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu - se para todos os ramos do Direito, mesmo os "não civis". Sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa de boa-fé. Como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais.

Já aclamado pela doutrina geral do processo moderno, o princípio da boa-fé objetiva, restou consolidado no Código de Processo Civil vigente em seu artigo 5º ao prevê que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Conforme conceitua Flavio Tartuce (2015 p. 38):

Conforme o art. 5º do Novo CPC, aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se segundo a boa-fé. Além disso, todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015). O pedido formulado pela parte na demanda deve ser certo e interpretado conforme o conjunto da postulação e a boa-fé (art. 322 do CPC/2015). Como consequência, a decisão judicial também passa a ser interpretada partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 489, § 3º, do CPC/2015). Esses preceitos ampliaram um tratamento que era tímido no CPC anterior, limitado somente à exigência da boa-fé das partes no seu art. 14.

Tal dispositivo revela sua inspiração na objetividade constante no artigo 52 do Código de Direito Processual Suíço, no qual encontra-se determinado que *“comportamento secondo buono na fede. Tutte le persone che partecipano al*

procedimento denovo comportarsi secondo buona fede”, em tradução livre, “todas as pessoas que participam do processo devem comporta-se de acordo com a boa-fé.”.

No mesmo sentido e comungando com a aplicabilidade do instituto da boa-fé em outros países, o Código de Processo Civil Português descreve em seu artigo 8º o dever da boa-fé processual: “as partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.”.

Humberto Theodoro Junior (2016, p.91), descreve de forma elucidativa que o princípio da boa-fé objetiva encontra conexão com o que determina o artigo 8º, da Legislação Processual, conforme é possível analisar quando seu texto descreve que no momento da aplicação do ordenamento jurídico “o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” O memorável doutrinador, explica ainda, que:

É nessa perspectiva que se deve entrever no princípio da boa-fé e da lealdade uma emanção, no processo, do imperativo categórico do respeito à dignidade da pessoa humana. O litigante, na busca da tutela jurisdicional, não pode usar o procedimento judicial como instrumento de obtenção de resultados ilícitos, escusos, iníquos. Não há lugar para outra opção para todos que se envolvem no processo senão a de zelar pela correta e justa composição do conflito, como deixam evidentes os dispositivos que traçam e definem os deveres das partes e do juiz. (NCP, arts. 77 e 78, e 139 a 143). (THEODORO JUNIOR, 2016, p.92).

Comungando com os ensinamentos acerca da conexão existente entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana, que além da Constituição Federal, passou a ser positivado no âmbito processual através do artigo 6º, a fim de garantir a segurança jurídica, verifica-se a existência de entendimento doutrinário no tocante a previsão na Legislação Processual comum:

Alias, não é, no plano constitucional, apenas o princípio da segurança que impõe aos agentes o comportamento segundo a lealdade e a boa-fé. Também a dignidade da pessoa humana o exige (CF, art. 1º, III), assim como a solidariedade social (CF, art. 3º, I). Reconhecendo-se a Constituição como a justificadora da presença da boa-fé objetiva em todo o sistema normativo atual, a consequência natural e lógica é que o Poder Judiciário, seus agentes e as partes envolvidas no procedimento em contraditório não escapam da submissão ao “dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade. (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p.204 - 205).

Seguramente, como nos ensina Humberto Theodoro Junior nas passagens aqui apresentadas, o princípio da boa-fé objetiva ganhou importância central no novel Código de Processo Civil em conformidade com os preceitos constitucionais, tanto na teoria geral do processo, como também servindo de base interpretativa tanto para os pedidos, nos termos do seu artigo 322, § 2º, ao afirmar que “a

interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”, como para as decisões judiciais em geral, com previsão regulamentada em seu artigo 489, §3º, determinando que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

Desde o Código de Processo Civil de 1973 o princípio da boa-fé era retratado, em seu artigo 14, através da punição pecuniária à litigância de má-fé, no entanto, visando solidificar os deveres normativos cooperativos, a doutrina entende que as inovações trazidas pelo atual Código de Processo Civil expandiram a aplicação direta da boa-fé objetiva, senão vejamos:

A repulsa à má-fé subjetiva (conduta dolosa, com propósito de lesar a outrem – art. 14, II, do CPC/1973) sempre foi severamente punida, tanto no âmbito do direito público como no do direito privado. Há, porém, uma outra visão da boa-fé, que se desprende do subjetivismo para se localizar objetivamente no comportamento do agente, como exigência de ordem ético-jurídica. Essa boa-fé objetiva assumiu maior relevância, em nosso direito positivo, com o advento do Código do Consumidor e do novo Código Civil, que a adotaram como um dos princípios fundamentais do direito das obrigações. No campo dos contratos, a boa-fé objetiva assumiu a categoria de limite da autonomia privada, bem como de norma básica de interpretação e cumprimento dos negócios jurídicos, além de funcionar, como fonte legal de deveres e obrigações, a par daqueles contraídos voluntariamente no ajuste contratual (CDC, art. 4º, III; CC, art. 422). (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p.203 - 204).

Visando consolidar a busca do sistema jurídico por uma relação processual pautada na cooperação e na colaboração editou-se no Fórum Permanente de Processualistas, os Enunciados 374, 375, 376, 377 e 378, que orientam como fundamento básico o dever das partes se apresentarem durante todo o trânsito processual de forma ética e leal.

O Enunciado 374 inicia a previsão da aplicação do princípio da boa-fé de forma rasa ao afirmar que “o art. 5º prevê a boa-fé objetiva.”, já o Enunciado 375, prevê que “o órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”, na mesma linha segue o Enunciado 376 dispõe sobre “a vedação do comportamento contraditório aplica-se ao órgão jurisdicional.” e o Enunciado 377, que descreve ainda “a boa-fé objetiva impede que o julgador profira, sem motivar a alteração, decisões diferentes sobre uma mesma questão de direito aplicável às situações de fato análogas, ainda que em processos distintos”.

Os três dispositivos de orientação jurisdicional permitem analisar a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva de forma prática e para exemplificar o

comportamento contrario a boa-fé cometido pelo órgão jurisdicionado usamos as palavras de Alexandre Câmara (2016, p.09 e 10):

Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz ter indeferido a produção de uma prova requerida pelo demandante, ao fundamento de que tal prova se destinaria a demonstrar um fato que já estaria comprovado. Posteriormente, o pedido é julgado improcedente ao fundamento de que aquele mesmo fato não estaria provado, sendo do autor o ônus probatório. Essas são condutas contraditórias e, por isso mesmo, contrárias ao princípio da boa-fé objetiva. Não se admite que o juiz assim proceda. (FPPC 375: “o órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva).

Por fim, quando ao Enunciado 378, o qual traz orientações acerca da aplicabilidade do princípio da boa-fé tanto do artigo 5º, quanto do 6º, 322, §2º, e 489, §3º, do Código de Processo Civil, ao afirmar que “a boa fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a reprimenda do abuso de direito processual e das condutas dolosas de todos os sujeitos processuais e veda seus comportamentos contraditórios.”, na mesma linha o Enunciado 407 determina que “nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé.” diante desses enunciados Câmara descreveu, ainda:

Não se trata, pois, apenas de se exigir dos sujeitos do processo que atuem com boa-fé subjetiva (assim entendida a ausência de má-fé), mas com boa-fé objetiva, comportando-se da maneira como geralmente se espera que tais sujeitos se conduzam. A vedação de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*), a segurança resultante de comportamentos duradouros (*supressio e surrectio*), entre outros corolários da boa-fé objetiva, são expressamente reconhecidos como fundamentais para o desenvolvimento do processo civil. A boa-fé processual orienta a interpretação da postulação e da sentença, permite a imposição de sanção ao abuso de direitos processuais e às condutas dolosas de todos os sujeitos do processo, e veda seus comportamentos contraditórios (FPPC, enunciado 378) (CÂMARA, 2016, p.09).

Ainda que esteja consolidada a busca pela aplicação do principio da boa-fé, não existe no direito processual civil brasileiro regulamentação clara e expressa sobre como aplicar tal instituto na valoração do meio de prova utilizado para corroborar ou contrapor o pleito em sede processual, assim, explica Humberto Theodoro Junior (2016, p. 928):

Hipótese de freqüente incidência da teoria da boa-fé no terreno da prova, é a da conduta contraditória, configurada por meio da apresentação, pela mesma parte, de diversas versões acerca de um fato. Ofende a boa-fé, por exemplo, a versão apresentada por uma das partes que, superveniente, altera a versão anterior, que era mais favorável ao adversário. Aplica-se, à espécie, a teoria do *venire factum proprium non potest*, uma das modalidades de repressão ao comportamento contrario à boa-fé objetiva. (THEODORO JUNIOR, 2016, p.928).

Por fim, compreende-se que o Código de Processo Civil manteve a interpretação do seu antecessor, mas maximizou a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na relação processual, visando uma maior cooperação e colaborações entre as partes.

No campo probatório, face aos deveres de probidade e lealdade, é possível compreender a aplicação das provas atípicas, nos termos dos meios de prova moralmente legítimos, previstos em seu artigo 369, da onde se extrai a necessidade da verificação do comportamento ético e leal na utilização dos indícios e presunções como meios de alcançar o devido processo legal.

3. ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus vem do latim *onus*, que tem significado de carga, fardo ou peso, assim consiste em atribuir uma incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, no âmbito processual, prescreve a parte onerada uma determinada conduta que deverá ser adotada, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável:

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

Seguindo tal posicionamento é possível afirmar que em sede de instrução probatória seria mais plausível descrever o ônus como obrigação, assim aquele a quem o *onus probandi* esta sendo atribuído não é obrigado a produzi-la, mas poderá ser responsabilizado pelas conseqüências que sua inexistência venha a gerar, então, a expressão “ônus da prova” denota idéia de responsabilidade, no tocante à situação em que não se lograr a produção da prova, conforme frisou o jurista Yoshikawa (2008, p. 18):

A partir de tais lições, podemos afirmar que o ônus cria uma situação jurídica em que a pessoa a que se reconhece a faculdade de agir em benefício de um seu interesse, sem ser obrigada a agir, provavelmente o fará, para evitar o prejuízo (certo ou meramente potencial) resultante da sua omissão. Não se trata de uma obrigação, pois não cria para outrem o direito de exigir o seu cumprimento. Quem “descumpre” (= não atende) a um ônus não pratica ato ilícito. É antes uma “obrigação” da parte para consigo mesma.

Nessa mesma linha de raciocínio é possível afirmar que o ônus da prova pode ser conceituado como a atribuição, à parte, da incumbência de comprovar fatos que lhe são favoráveis no processo, conforme define Cassio Scarpinella Bueno (2012. p. 288):

(...) a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra ‘ônus’ relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá muito provavelmente um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente.

Seguindo a análise conceitual é possível dizer que ônus da prova refere-se à responsabilidade atribuída à parte de confirmar as alegações contidas na manifestação processual, que pode ser na petição inicial ou na contestação, conforme descreve Luiz Guilherme Marinoni (2011. p. 178):

(...) é possível sintetizar o conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada. (...). A ideia de ônus costuma ser ligada a um comportamento necessário para a obtenção de um efeito favorável, ao passo que, diante do ônus da prova, a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir seu ônus, isto é, ainda que sem produzir prova. Lembre-se que nada impede que o julgamento favorável ao autor se funde em provas produzidas de ofício ou pela parte adversa. Isso indica, com clareza, que a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará a um risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário (...).

Com base no todo exposto é possível afirmar que o ônus da prova não é uma obrigação ou dever, mas um encargo que a parte deve-se incumbir para provar suas alegações. Como ensina Candido Dinamarco (2009, p. 73), o “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Dessa forma, entende-se que o ônus e o dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois relevantes aspectos, em primeiro lugar o dever implica em um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus, conforme posicionamento doutrinário apresentado, é estabelecido no interesse do próprio onerado, já o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor.

O ônus da prova e, nos termos legais, a determinação da sua inversão, são de fundamental importância quando não foi constituída prova de determinado fato alegado no processo. Se a prova vem aos autos, independentemente de quem a produziu, compete ao juiz reconhecer os efeitos que ela produz, como saliente Eduardo Cambi (2006, p.315):

O ônus da prova possui uma especificidade em relação à categoria do ônus em sentido geral, porque o seu simples cumprimento não assegura, necessariamente, uma consequência favorável; isto é, realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio de conseguir a obtenção da tutela jurisdicional plena.

Se há prova nos autos, ou seja, se ela foi produzida respeitando os princípios legais, não importando por quem, as regras do ônus da prova são totalmente desnecessárias. Provados os fatos, o juiz tão somente os adequará à norma jurídica pertinente.

3.1 BREVE HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA

A aplicabilidade da prova no processo de convencimento é verificada como antiga preocupação na resolução de conflitos entre os litigantes, nas sociedades antigas as civilizações, onde a religião era a base da vida em comunidade, atribuía-se origem divina ao Direito de modo que os meios de provas utilizados para a demonstração dos fatos possuíam ligação direta com a religião. Conforme explica Helio Marcio Campo (1994, p. 25) avançando no tempo, a Europa na Idade Média, diante da predominância do cristianismo, passou-se a crer que Deus participava do processo e do julgamento dos homens.

O ônus da prova, por sua vez, passou a vivenciar os registros de sua aplicabilidade na história no sistema processual civil romano, adotando a lógica que o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age, ou seja, o ônus de produzir a prova cabia aquele que alegasse determinado fato, então não se transferia ao réu, mesmo que este alegasse fatos contrários ao autor, conforme verificamos em trecho da obra de Moacyr Santos (1995, p. 345):

No Direito Romano vigorou a máxima - sempre *ônus probandiei incumbi qui dicit* – ou seja - sempre *necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age, (...) tudo parecia mostrar que ao autor cumpria o ônus da prova, no entanto como a defesa não implica apenas em negar o fato afirmado pelo autor, consistindo também na articulação, muitas vezes, de uma outra afirmação por parte do réu, que também deve ser provada, surgiu a regra réus *in excipiendo fit acto*, (...).

Sobre a aplicabilidade histórica do ônus da prova Manoel Antônio Teixeira Filho (1997, p. 104) faz o seguinte relato:

(...) posteriormente os glosadores manuseando os textos romanos e baseados em Digesto, Livro XXII, Título III, fragmento nº. 2), elaboraram um sistema de distribuição de carga probatória calcado em duas regras fundamentais *afirmatia non neganti incumbit probatio* e *negativa non sunt probanda*.

Podemos dizer que o instituto do o ônus da prova só foi inserido como regra no ordenamento pátrio através do artigo 209 do Código de Processo Civil de 1939, conforme é possível analisar na sua redação:

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

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

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

O revogado Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 5.869 de 1973, por sua vez, optou pela distribuição do ônus da prova de forma extremamente engessada onde a distribuição do ônus da prova fundava-se na lógica de que o autor deveria provar os fatos que constituíam o seu direito, mas não a existência daqueles que o impediam sua constituição, que determinavam sua modificação ou extinção conforme previa seu artigo 333.

A regra em todo seu rigor formal desconsiderava as especificidades do caso, a real capacidade das partes produzirem provas diante de fatos controversos, bem como, sua hipossuficiência em relação à parte contrária, diante da impossibilidade de provar o fato constitutivo acerca do seu direito, ou seja, cada uma das partes já ingressava no processo dotando conhecimento prévio em relação às quais fatos deveriam atuar em termos probatórios, além de que, nos termos da lei, ao magistrado não era conferida margem para edificar seu posicionamento de forma que divergente a disciplina que não aquela positivada na lei, assim, em sede doutrinária passou-se a adotar diversas teorias para tentar solucionar os problemas:

Ainda que a teoria do Código de 1973 (a de distribuição estática do *ônus probandi*) – devida à autoridade de Chiovenda – seja idônea para solucionar a maioria das hipóteses, o certo é que, em muitas situações, se revela inadequada ao equacionamento do caso concreto segundo as exigências do processo justo. Assim, exige-se do juiz, em condições especiais, a flexibilização das regras legais ordinárias sobre o ônus da prova, “cuja aplicação fria pode acarretar sacrifício excessivo a uma das partes e, às vezes, até mesmo iniquidade. A revisão da doutrina estática do ônus passou a ser reclamada por forte corrente, liderada por Jorge W. Peyrano, sob argumento de que a tradicional partilha das cargas probatórias, em sua rigidez, se mostrava indiferente à possibilidade de causar injustiças em sua aplicação (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 902).

Não restando dúvidas que a superada legislação processualista primava pela segurança jurídica e buscava a igualdade extremamente estática e formal entre os litigantes, apesar de ser idônea para resolver a maioria das hipóteses, não foram poucas as ocasiões que diante do caso concreto sua rigidez se mostrou inadequada em vista as exigências do processo justo.

Além do Código de Processo Civil de 1973 e a Consolidação da Legislação Trabalhista também adotava a distribuição estática do ônus da prova, conforme antiga redação do seu artigo 818, que estabelecia que a prova das alegações incumbia à parte que as fizesse, não bastando as alegações para a formação do convencimento do magistrado, mas pelo princípio da necessidade da prova, era preciso prová-las.

Assim, a jurisprudência trabalhista visando a mitigar tal rigidez passou a admitir a inversão do ônus da prova em algumas hipóteses, através da edição de sumulas TST que passaram a disciplinar a aplicabilidade da inversão do ônus da prova, a exemplo da sua Súmula 338, I, que determina que "é ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT.

O Código Consumerista de 1990, por sua vez, inovou o sistema processual brasileiro, através do seu artigo 6º, VIII, a temática relativa à inversão do ônus da prova, passando a considerar as peculiaridades subjetivas de cada caso, tutelando a situação de desigualdade entre os litigantes diante da necessidade de uma instrução processual pautada na isonomia, apresentando-se, ainda, como precursor da flexibilização prevista atualmente, conforme descreve Luiz Guilherme Marinoni:

A inversão do ônus da prova foi expressamente prevista em favor do consumidor nas causas regidas pelo CDC (art. 6º, VIII). Mas, advoga-se a extensão desse mecanismo a outras demandas em que se tornaria necessário flexibilizar o sistema rígido do art. 333 do CPC. (MARINONI, 2005 p. 11).

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 12, § 3º, 14, § 3º, e 38, abarcou ainda a inversão do ônus da prova por presunção relativa.

Nesse mesmo contexto, a inversão do ônus da prova por presunção relativa, antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, já se apresentava por força de lei em outros verbetes legais, conforme podemos verificar no parágrafo único do artigo 2º-A da lei 8.560/92, ao prevê que na ação de investigação de paternidade a recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Bem como no artigo 1.597, II, do Código Civil, que entende que presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento, restando aos interessados fazer prova em contrario. Como determina Rolf Madaleno (2008, p. 381): "Ocasão, então, que nascendo um filho na constância do casamento, essa prole é presumida por lei, como fruto do matrimônio e o registro civil da criança pode ser feito por iniciativa da mãe, querendo, bastando provar seu casamento"

A redação adotada pelo novo Código de Processo Civil, que já vinha a muito sendo clamada pela doutrina, admitida pela jurisprudência e encontra conexão com alguns dos princípios fundamentais da Carta Magna, abrandou o sistema estático do

ônus da prova possibilitando a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme nos ensina Humberto Theodoro Junior (2016, p. 901):

Por isso, a lei nova reconhece a necessidade de, em tais situações, afastar-se a rigidez da partilha estática do ônus da prova, adotando critério mais flexível, a que a doutrina denomina ônus dinâmico da prova, atribuindo-o, de maneira diversa do sistema ordinário da lei, à parte que realmente esteja em condições de melhor esclarecer os fatos relevantes a causa (NCP, art. 373, §1º).

Ou seja, ainda que a regra geral seja a distribuição estática do ônus da prova, restou consagrada expressamente a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, nesse mesmo sentido é possível também analisar:

"O § 1º do art. 373 do CPC autoriza a distribuição do ônus da prova nos casos em que há 'impossibilidade' ou 'excessiva dificuldade de cumprir o encargo'. Essa é a hipótese clássica de inversão do ônus da prova, reivindicada há muitos anos pela doutrina e aceita pelos tribunais" (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 130.).

Assim, restou determinada a possibilidade de o julgador modificar a distribuição encargo probatório, conforme as peculiaridades do caso concreto, instrumentalizando a norma processual fundamental contida em seu artigo 7º, assegurando "às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório", configurando a paridade de armas entre as partes.

3.2 CONCEITOS DO ÔNUS SUBJETIVO E OBJETIVO DA PROVA

Conforme já mencionado, a previsão constante no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 e preservada no artigo 373 do código vigente, o sistema processualista brasileiro tem como regra geral, que o ônus da prova caberá ao autor quanto à afirmação dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu sobre a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do requerente, restando aos litigantes, não apenas alegar os fatos, mas sim demonstrar sua ocorrência quando esta permear de forma controversa.

Quanto ao seu conceito é possível determinar, de forma didática, que o ônus da prova pode apresentar-se de forma subjetiva e/ou objetiva, de modo que subjetivamente podemos considerar que o ônus da prova é uma regra dirigida às partes e que lhes dá acesso à orientação em relação às suas respectivas atividades

e responsabilidades probatórias no processo de formação da convicção judicial, como ensina Humberto Theodoro Junior (2016 p.896);

A partir desse duplo enfoque da norma regedora do *ônus probandi*, pode-se compreendê-la, na perspectiva subjetiva, como fonte de estímulo do interessado a cooperar na apuração da verdade do fato cuja comprovação ditará o sentido da tutela jurisdicional, em favor de um ou outro litigante. Como ensina Barbosa Moreira, “todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta em larga extensão a eficácia desse estímulo”.

Entende-se, ainda, por ônus subjetivo da prova, aquele que se refere a quem deverá produzir a prova, ou seja, quem é o sujeito responsável pela produção probatória no processo, sendo a responsabilidade distribuída entre as partes do processo em fazer prova daquilo que lhes caiba sob pena de ter que suportar os efeitos da sua não produção. O professor Câmara (2009, p.380) explicou o tema com bastante exatidão, leia-se:

É de se afirmar, em primeiro lugar, que a visão subjetiva do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica. Em verdade, no momento de produção da prova pouco importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Isto se dá em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez levadas ao processo, as provas não mais pertencem a qualquer das partes, e sim ao próprio processo, nada importando, pois, quem as produziu. O juiz só deverá considerar as regras sobre a distribuição do ônus da prova, portanto, no momento de julgar o mérito, eis que só assim poderá verificar quem será prejudicado em razão da inexistência de prova sobre determinados fatos.

Objetivamente, entende-se como uma regra dirigida ao julgador da causa, aplicável tão somente quando nos autos não existirem provas suficientes ao seu regular julgamento, e apta à orientação deste, quando da prolação da sentença, em relação a quem deverá suportar os riscos decorrentes do seu sucesso ou não na atividade probatória, nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2016 p.896 - 897):

Na perspectiva objetiva – e uma vez que não se admite que a causa deixe de ser julgada por falta ou insuficiência de prova -, o ônus da prova é a regra legal que vai permitir ao juiz compor o conflito (objeto do processo), ainda que a parte responsável pela prova não tenha se desincumbido de seu encargo. A sanção, em regra, será a rejeição da arguição de mérito daquele que deixou de dar cumprimento ao ônus probatório. É assim que se afirma o caráter objetivo do ônus da prova, como regra de julgamento. Diz-se ônus porque a parte por ele responsável não está obrigada a produzir a prova que lhe toca, mas não o fazendo, assume o risco de perder a causa.

O ônus objetivo conforme explica Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 111): “indica qual das partes deverá suportar as conseqüências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova”.

Com efeito, a prova refere-se à regra de julgamento direcionada ao magistrado, que determina o modo como proceder com a decisão nos casos em que não tenham sido comprovados os fatos alegados nos autos, cabendo ao mesmo avaliar quem era o responsável pela produção probatória e, não restando alternativa senão julgar a causa avalia a regra do ônus da prova para determinar quem deixou de produzir a prova necessária para garantia do seu suposto direito. Dessa forma, acaba decidindo de forma contrária aquele que teria de produzir a prova, mas não a produziu.

4. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Até aqui apresentamos o conceito em linhas gerais acerca do instituto da prova e da aplicação do ônus da prova no direito processual brasileiro, buscando demonstrar que no processo de conhecimento o objeto principal é a comprovação dos fatos alegados pelas partes, assim não basta às partes alegarem os fatos, cumpri-lhes comprová-los devidamente em juízo, quando este for colocado em dúvida, restando claro que ônus da prova refere-se à responsabilidade atribuída à parte de confirmar as alegações controversas contidas na manifestação processual.

Mas antes de iniciar a análise conceitual da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova e sua aplicabilidade, ainda que o Código de Processo Civil tenha adotado a expressão “distribuição dinâmica do ônus da prova” e o Código de Defesa do Consumidor, pioneiro na regulamentação de tal instituto, use o termo “inversão do ônus da prova”, trazemos ao bojo do presente estudo a análise do mestre Luiz Guilherme Marinoni, que em sua obra demonstra, do ponto de vista prático, que não há qualquer relevância na adoção e conseqüentemente diferenciação entre os termos, assim, conforme seu ensinamento e sua obra, as expressões aqui, também, serão indistintamente utilizados, senão vejamos:

Na doutrina nacional, há autores que fazem uma distinção entre inversão do ônus da prova e dinamização do ônus probatório. Para essa corrente, na primeira figura, o ônus é distribuído fixamente pelo legislador e vicissitudes posteriores o levam à inversão do ônus da prova (por exemplo, art. 6º, VIII, CDC). Na segunda, porém, o ônus da prova nasce diante do direito material de forma diversa daquela preconizada pela Normetheorie. Outros autores descartam essa distinção, tratando todas essas figuras, indistintamente, como hipóteses de inversão, modificação ou dinamização do ônus da prova. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p. 274).

O Código de Processo Civil em vigor, conforme ensina Humberto Theodoro Junior (2016 p.903): “de maneira diversa do anterior, autoriza expressamente ao juiz distribuir o ônus da prova entre as partes de maneira diferente da previsão dos critérios legais ordinários (art. 373, §1º).”.

De acordo com a teoria da distribuição dinâmicas do ônus da prova, cabe trazer aos autos as provas quem tem melhores condições para desempenhar sua produção, ou seja, e como bem define Robson Godinho (2015, p. 214): “a atribuição de modo diverso do padrão não significa uma transferência genérica do ônus probatório e deve ser vinculada à necessidade de comprovação de fato específico”.

A inversão do ônus da prova é medida excepcional, permitindo que a parte hipossuficiente, nos termos descritos na lei, alegue o que entende lhe ser de direito, mas, quando não lhe for possível produzir a prova, que se exima da necessidade de trazer a respectiva prova de suas alegações, transferindo, o ônus probatório para a parte contrária que terá a obrigação probatória, o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pleiteado, Humberto Theodoro Junior (2016 p.904) descreve a aplicabilidade dessa medida excepcional nos seguintes termos:

Para alteração do ônus da prova, o juiz pode se valer, objetivamente, das peculiaridades da causa, ou subjetivamente, do comportamento da parte, que cria obstáculos ao adversário para comprovação dos fatos relevantes à sua defesa (conduta contrária à boa-fé e a lealdade processual).

Fazendo uso do entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, o mencionado doutrinador (2016 p.906), exemplifica a medida de forma prática como é possível observar:

Um exemplo extraído da jurisprudência demonstra bem como se pode, de maneira justa, aplicar a dinamização da prova: apreciando uma causa entre o adquirente de cartela de “telebingo” e a empresa promotora do sorteio pela televisão, reconheceu o acórdão do STJ que ao consumidor bastaria comprovar que se achava habilitado ao concurso, mediante exibição da cartela e do registro dos números sorteados. Tudo o mais seria por conta “de quem promove o evento”, pois, “apenas a organizadora do certame televisionado poderia fornecer os elementos esclarecedores do ato que promoveu.”

Assim, alcançamos a compreensão que a distribuição do ônus da prova deixou de ocorrer de forma rígida, fundada apenas na posição das partes e na natureza dos fatos controversos, mas sim ser realizada de forma dinâmica, atendendo às particularidades do caso concreto, assim como a exigência de justiça e equidade no processo e na decisão, o favorecimento do acesso à justiça e à defesa em juízo dos direitos visando assegurar às partes paridade de armas, do cumprimento dos deveres de lealdade, probidade, boa fé e de colaboração das partes e da maior participação do juiz na condução do processo, senão vejamos:

Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável se [sic] lhe ser negada a tutela de direitos. (GODINHO, 2015 p. 191).

Entende-se sobre distribuição dinâmica do ônus da prova, quando no caso concreto, conforme o desenrolar do processo, seria atribuído pelo magistrado a flexibilização do encargo de provar, invertendo-o para a parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos controvertidos

que permeiam a demanda, ou por possuírem maior facilidade na sua demonstração, conforme voto do Juiz Substituto em 2º Grau, Hamilton Rafael Marins Schwart, que em seu voto no Agravo de Instrumento: 12873588 PR, muito bem asseverou sobre a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova mesmo antes do Código de Processo Civil entrar em vigor:

Pela teoria da carga dinâmica das provas ou teoria da aptidão, é incumbido o ônus probatório à parte que tem melhores condições de carrear provas ao processo, por uma questão de justiça, facilidade e celeridade processual. É válido destacar o conceito de Rogério Zaneti 2: Nesse caminhar, temos que o principal fundamento da doutrina da carga dinâmica da prova é a justiça. Mas não é o único. Também se pode citar como fundamento da teoria da carga dinâmica da prova o dever que têm as partes de se conduzirem no processo com lealdade, probidade e bo -fé, o dever de colaborar entre si para descobrirem a verdade dos fatos, assim como o dever de cooperação com o órgão jurisdicional para averiguar como ocorreram os fatos, a fim de que aquele possa proferir uma sentença justa. Através da aplicação dessa teoria, a qual enraíza o conceito de ônus da prova presente no Código de Defesa do Consumidor, o Magistrado pode deferir a inversão do ônus da prova para a parte que tem, realmente, as melhores condições para agregar aos autos a carga de provas mais consistente e de acordo com a realidade fática do processo, com vistas a garantir isonomia e o atendimento da efetiva justiça para os indivíduos. Como bem assevera a Procuradoria de Justiça (folhas 169): Pois bem. Em nosso entendimento, agiu com acerto o Magistrado singular ao aplicar o princípio da carga dinâmica do ônus probatório, determinando a inversão do dever de provar quanto à irregularidade da construção, diante da hipossuficiência fática da parte ré, a fim de que o processo alcance o resultado mais razoável e consentâneo com a Justiça material.

Nesse contexto, o magistrado prosseguiu em seu voto, corroborando com o entendimento exposto na presente pesquisa, que: “Tudo o que estiver à disposição, tem vistas a engrandecer os instrumentos disponíveis a embasar a convicção do Magistrado para solucionar a lide. Um dos mais importantes meios é a constituição das provas.”

O novo Código de Processo Civil não abandonou o sistema estático do antigo verbete legal, mas concedeu, expressamente, ao juiz o poder de distribuir o ônus da prova entre as partes de maneira diversa da previsão dos critérios ordinários, a fim de restabelecer eventual desequilíbrio das condições probatórias. Nesse contexto, vale transcrever os §§1º e 2º do artigo 373 que delimitam o tema:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Para a modificação do ônus, o juiz pode se valer de forma objetiva das peculiaridades da causa, ou de forma subjetiva, do comportamento da parte, quando ela se mostrar ofensiva ao princípio da boa-fé, previsto no artigo 5º da legislação processual comum, como um dos norteadores de toda a atuação dos sujeitos processuais, criando embaraços ao adversário para comprovar fatos relevantes a sua defesa, conforme Didier Jr., Braga e Oliveira (2016 p.128) esclarecem: “O processo cooperativo exige que a modificação do ônus prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios”.

Desse modo, o instituto da má-fé processual é caracterizado nos termos artigo 80, da novel legislação processual, como aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, que alterar a verdade dos fatos; que usar do processo para conseguir objetivo ilegal, que opuser resistência injustificada ao andamento do processo, que proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, que provocar incidente manifestamente infundado, e por fim, que interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Quanto à litigância de má-fé é possível depreender que diante da sua ocorrência no âmbito processual haverá o dever legal de indenizar os danos causados, conforme Humberto Theodoro Junior (2016, p. 291) nos ensina:

A responsabilidade, *in casu*, pressupõe o elemento objetivo dano e subjetivo culpa, mas esta não se confunde necessariamente com o dolo e, pelo casuísmo legal, pode às vezes limitar-se à culpa em sentido estrito, mas de natureza grave (art. 80, I e VI).

Nesse mesmo compasso, o artigo 77 do Código de Processo Civil, entende como deveres das partes, dos seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, porta-se sob a ótica do princípio da boa-fé com lealdade e probidade no âmbito processual na busca pelo estrito cumprimento das determinações legais, independente do tipo de processo ou de jurisdição envolvida, conforme passamos a analisar:

O principal dever que grava as partes é o dever de boa-fé (arts. 5º e 77). Trata-se de uma das normas fundamentais que estruturam o processo civil brasileiro e de um dever que marca todos os sujeitos que de qualquer modo participam do processo. A boa-fé pode ser encarada em uma perspectiva subjetiva e em uma perspectiva objetiva. Ambas são fundamentais para a construção de processo civil pautado na colaboração – como aquele pretendido pelo Novo Código. Isso porque sem mútua confiança dificilmente se pode ver o processo como uma comunidade de trabalho. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p. 88).

Os elementos disponíveis no processo devem tornar plausível a versão afirmada por uma das partes e o juiz na fase de saneamento, conforme artigo 357, Código de Processo Civil, senão vejamos:

A organização do processo tem um dupla direção. A primeira é retrospectiva, tendo por objetivo eventuais óbices processuais capazes de impedir a apreciação do mérito da causa (definição das questões processuais pendentes, art. 357, I). A segunda é prospectiva, tendo por objeto a delimitação do *thema probandum* (art. 357, I), a especificação dos meios de prova (art. 357, II), a definição da distribuição do ônus da prova (art. 357, III), a delimitação do *thema decidendum* (“questões de direito relevantes para a decisão de mérito”, art. 357, IV) e a designação da audiência de instrução e julgamento, em sendo o caso (art. 357, V). A primeira tem por objeto questões capazes de impedir a apreciação do mérito a fim de, em sendo possível, saneá-las; a segunda tem por objeto questões capazes de preparar uma adequada apreciação do mérito. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p. 240).

Quanto à determinação constante no artigo 357, III, do Código de Processo Civil, de quais provas serão necessárias e a quem se destina, respectivamente, a responsabilidade pela sua produção, deverá ser considerada a distribuição dinâmica do ônus da prova para que esta não se dê de forma arbitrária e penosa a parte, restando necessário que o juiz decida de forma racional e fundamentada, devendo preferir um julgamento lógico, suficiente a revelar como alcançou sua convicção e quais elementos que a determinaram. Humberto Theodoro Junior (2016, p. 904) ensina:

É necessário, todavia, que os elementos já disponíveis no processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias, defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção (art. 357, III).

Nesse contexto, a fim de melhor delimitar o assunto, foi aprovado pelo Fórum Permanente De Processualistas Cíveis o Enunciado n. 517, que orienta no sentido que: “a decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada”.

Por conclusão, a pacificada teoria da distribuição dinâmica da carga probatória na legislação processual comum, trouxe ao sistema jurídico de forma ampla a geral o reconhecimento que todos os meios de provas legais assim como os moralmente admitidos, conforme já mencionados, são legítimos, sendo pacífica e hábil sua aplicação na busca por provar a verdade dos fatos controvertidos na seara da instrução processual, ainda que para isso, dentro das previsões legais, seja necessário realizar o deslocamento do ônus da comprovação probatória para a parte adversa.

4.1 MOMENTO PROCESSUAL DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Antes de analisarmos a aplicabilidade direta da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo comum e ainda em matéria privativa do Direito do Consumidor bem como do Direito Trabalhista, é preciso referenciar qual momento processual adequado para a inversão do ônus da prova, uma das indagações mais complexas, vez que a doutrina ainda não adotou posicionamento uniforme.

A liberdade conferida ao juiz para distribuir de forma dinâmica o ônus da prova não é absoluta, mas possibilita que o mesmo, ao verificar os pressupostos de admissibilidade, o faça, senão vejamos nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2016, p. 909):

A quebra do sistema estático do ônus da prova não se dá segundo o juízo de conveniência e oportunidade feito pelo magistrado no caso concreto. O novo Código estatui que o emprego da redistribuição dinâmica da carga probatória está sujeito a requisitos legais que são objetivos e escapam, portanto, do subjetivismo do juiz, quais sejam: (a) impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos estáticos da lei; ou (b) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, por parte daquele a quem a lei ordinariamente não impunha ônus da prova.

No entanto, não há na legislação determinação expressa de em qual momento deve ser realizada essa distribuição, assim, antes mesmo do Código de Processo Civil entrar em vigor, o Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado acerca do momento da inversão do ônus da prova fazendo uso do que encontra-se previsto na legislação consumerista.

No voto do Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, no Recurso Especial nº 802.832 - MG (2005/0203865-3) torna-se possível verificar o entendimento jurisprudencial acerca da existência da controvérsia e da latente necessidade de determinar em qual momento processual deverá ser determinada a inversão do ônus probatório:

A controvérsia consiste em definir qual o momento processual adequado para que o juiz, na responsabilidade por vício do produto (art. 18 do CDC), determine a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC. A questão não é pacífica neste Superior Tribunal de Justiça, havendo divergência entre as duas Turmas que compõem a Segunda Seção (vg, AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR e REsp 949.000/ES, TERCEIRA TURMA; REsp 720.930/RS e REsp 881.651/BA, QUARTA TURMA). (...)

Reconhecida a controvérsia, o relator prossegue em seu voto visando estabelecer uma posição em face da diferenciação entre as duas modalidades admitidas pelo Código de Defesa do Consumidor:

Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*). Na primeira hipótese, a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, §3º, II, e 14, §3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo - fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante. Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador ("*ope legis*") e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei. A segunda hipótese prevista pelo CDC, que é a discutida no presente processo, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a "verossimilhança" e a "hipossuficiência" a que refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII, do CDC.

Por conclusão e seguindo o que vem preceituando a doutrina majoritária, o mencionado Relator finaliza com o entendimento que o momento adequado a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve se dá nos seguintes termos:

Assim, a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, ocasião em que o juiz "decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento" (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC). Desse modo, confere-se maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, evitando-se a insegurança.

Nesse mesmo passo já caminhava o entendimento doutrinário no sentido que a inversão do ônus de provar deveria se dá no momento da dilação probatória, diante da ausência de regra específica que determinava a fase do procedimento adequada ao ato judicial de distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo o juiz fazer uso do poder instrutório que lhe é conferido, a fim de evitar a caracterização de uma decisão surpresa, conforme entende André Pagani de Souza (2014. p. 178):

É importante ressaltar que a flexibilização das regras sobre o ônus da prova pode gerar uma decisão surpresa, na hipótese de o magistrado não informar as partes previamente que não observará a distribuição do ônus, tal qual disciplinada pelo art. 333 do código de processo civil. Em outras palavras, o órgão judicial não pode informar as partes que flexibilizou as regras sobre o ônus da prova somente no momento do julgamento. É de rigor que ele, observando o seu dever de prevenção decorrente do princípio do contraditório, advirta as partes sobre o ônus da prova no caso concreto, para que as partes possam atuar de modo a influenciar na preparação do julgamento.

Ou seja, buscando assegurar um tratamento isonômico às partes litigantes, cabe ao magistrado fazer uso da teoria da dinamização da distribuição dos encargos probatória durante a instrução processual, visando garantir a aplicação dos

princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório, nos termos constitucionais para as partes litigantes, como bem enfatizou Daniel Penteado de Castro (2013. p. 161) em sua obra:

(...) filiamo-nos ao entendimento de que o magistrado deverá alertar as partes sobre a possibilidade de inversão, o que implica numa dilação probatória mais densa e garantidora da defesa de ambas as partes litigantes na demanda. Aliás, sob esse enfoque, assegurar aos litigantes a produção das provas que se fizerem necessárias (principalmente ao réu, já ciente da possibilidade da inversão), certamente conduzirá a um julgamento mais seguro e equânime, à medida que cada parte produzirá a prova que entender necessária e estará ciente do ônus que lhe compete, deixando, portanto, de se surpreender com a regra da inversão de imediato na sentença.

Nesses termos, entendendo que o processo é o destinatário da prova e a distribuição dinâmica do ônus da prova é regra de instrução e/ou procedimento, sua aplicação confere respeito ao princípio do contraditório, bastando ao magistrado que estabeleça quais serão as regras do ônus da prova que deverão ser observadas no caso concreto, corroborando com esse entendimento, trazemos ao corpo do texto a análise de Cássio Scarpinella Bueno (2012. p. 290) a cerca do assunto:

(...) toda temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão, deve ser entendida como regra de procedimento e não como regra de julgamento. 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 regras gerais... Mais ainda quando há, nos diversos procedimentos, um específico momento ou, quando menos, um instante procedimental mais oportuno, para que o magistrado, se volte precipuamente à análise dos pontos controvertidos e sobre a necessidade da produção de sua prova correlata. 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.

Salientando os entendimentos doutrinários apresentados e considerando a necessidade de respeitar o que prevê o princípio da isonomia ao determinar que as partes devem ser informadas a respeito de qual é a regra do ônus da prova será considerada no procedimento, Luiz Guilherme Marinoni (2011. p. 177) afirma:

(...) ninguém duvida que o juiz pode julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável – e nesse sentido seria correto sustentar que o ônus da prova não é um verdadeiro ônus -, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária.

Fazendo uso do que determina o Código de Processo Civil, por sua vez, verifica-se que, desde as partes sejam previamente comunicadas através de decisão adequadamente motivada, não havendo violação dos seus artigos 9 e 10 e de que haja tempo hábil para a produção da prova, fica a cargo da discricionariedade do magistrado a decretação da distribuição dinâmica do ônus da prova, abrindo assim diversas discussões na doutrina sobre essa possibilidade, conforme revelam os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior (2016, p.901):

Importante ressaltar, outrossim, que a distribuição estática do ônus da prova se traduz em regra a ser observada apenas no momento da sentença. Ao contrário, a distribuição dinâmica atua no curso do procedimento, cabendo ao juiz determiná-la quando pertinente, por meio de decisão interlocutória, sujeitando-se, porém, ao mecanismo do contraditório.

O artigo 357 da legislação processual prevê o saneamento e o provimento judicial como formas de possibilitar o adequado início da fase instrutória, detalhando os requisitos para uma adequada decisão que possibilite às partes e ao próprio magistrado, enquanto sujeitos processuais, guiar o procedimento a fim de alcançar melhores resultados no contexto da realização da instrução probatória, Humberto Theodoro Junior (2016, p. 848):

(...) o juiz, ao declarar saneado o processo, deverá, segundo o art. 357, proferir decisão de saneamento e organização do processo, para: (a) resolver questões processuais pendentes (inciso I); (b) delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória especificando os meios de prova admitidos. Ou seja, o juiz deverá fixar os pontos controvertidos (inciso II); (c) definir a distribuição do ônus da prova, observando o art. 373 (inciso III), (d) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito (inciso IV); e (e) designar, se necessário, a audiência de instrução e julgamento (inciso V).

Considerando o ônus da prova como regra de instrução ao definir que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser proferida em decisão de saneamento e de organização do processo, porém não esgota a aplicação desse instituto, de modo que é possível que o magistrado que de forma flexível decida sobre tal em momento processual anterior, ou mesmo posterior, ao do saneamento, conforme ensina ainda Humberto Theodoro Junior (2016, p. 906):

O NCPC deixa bem claro que “a aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova não deve ser aplicada, tão somente, na sentença. Cabe ao magistrado, quando da fixação dos pontos controvertidos e da especificação das provas, na audiência preliminar ou na decisão saneadora, deixar claro que a causa não será julgada pela técnica da distribuição estática do ônus da prova (art. 333 do CPC/73) [NCPC, art. 373] esclarecendo o que deve ser provado pela parte onerada pela distribuição dinâmica do ônus probatório. Caso contrário, se utilizada a técnica de distribuição dinâmica como regra de julgamento, ficará comprometida a garantia constitucional do contraditório, retirando da parte o direito à prova contrária. Justamente para evitar a utilização da técnica de

distribuição dinâmica como mecanismo de prejulgamento da causa e a fim de evitar decisões surpresas, contrárias à idéia de Estado Democrático de Direito e às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, é que deve ser oportunizada à parte onerada o direito à prova”.

Nessa mesma linha, conforme já demonstrado anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, mantém seu entendimento que não ocorrendo à inversão do ônus da prova no momento de saneamento do processo, a decisão judicial deve assegurar à parte, sobre a qual não havia previsão de incumbência o ônus no momento inicial, nova oportunidade de manifestação nos autos processuais.

Esse entendimento encontra consonância com a aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e com o devido processo legal, como verifica-se no voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi no Recurso Especial 1395254 SC 2013/0132242-9:

(...) 2. Da inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CPC. 17. Reconhecida a necessidade de inversão do ônus da prova, e, tendo em vista que a insuficiência da prova analisada pelo Tribunal de origem, torna-se necessária a reabertura da fase instrutória. 18. Isso porque a jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. Naquela oportunidade, entendeu-se que, como o modo de distribuição do ônus da prova influi no comportamento processual das partes, a inversão não pode ocorrer quando do julgamento da ação pelo Juiz ou pelo Tribunal. O acórdão foi assim ementado: RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO "OPE JUDICIS" (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ("*ope legis*"), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ("*ope judicis*"), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão "*ope judicis*" ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). V. Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil. VI. A inversão "*ope judicis*" do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 19. Assim, considerando a necessidade de se permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir o pleito deduzido pelo recorrente, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que seja oportunamente prolatada uma nova sentença.

Por fim, compactuando com os ensinamentos doutrinários que se complementam com os julgados do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a dinamização do ônus da prova preferencialmente deva ser feita em momento prévio ao início da fase de instrução, caso necessário, entende-se possível que o faça após à fase de saneamento, sempre ressalvada a garantia das normas fundamentais que ditam a aplicação da legislação processual civil, em especial nos termos descritos nos artigos 9º e 10º da referida legislação, que vedam a decisão surpresa, bem como desde que haja momento processual hábil para a produção da prova.

Assim a decisão que determina a inversão o ônus probatório deve ser sempre fundamentada, a fim de evitar a já mencionada decisões surpresa, devendo o magistrado informar as razões que o conduziram a aplicar a dinamização do ônus no caso em concreto, buscando atender ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, o qual preceitua a demonstração do caminho lógico que percorrido pelo juiz até a prolação da sentença, e também está em consonância com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

4.2 A APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA A LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diante de todo o estudo até agora apresentado, alcança-se, de forma segura, a verificação acerca da positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova diante das alterações trazidas pelo atual Código de Processo Civil, nas quais não existe distinção quanto à posição ocupada pelas partes no litígio, desde que seja assegurada à ampla participação e diálogo entre os sujeitos processuais através da aplicação dos direitos constitucionais mencionados, a fim de determinar o direito pleiteado na situação jurídica apresentada e comprovada no caso concreto.

Do ponto de vista didático, inicia-se a análise aprofundada da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório nos termos previstos pelo novo Código de Processo Civil utilizando a definição de Humberto Theodoro Junior (2016, p. 906-907), aqui transcrita:

O sistema da distribuição dinâmica do ônus da prova, enfim, compatibiliza-se com o direito positivo brasileiro, no qual se reconhece que, em princípio, todos os meios legais bem como moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC, são hábeis “para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir na convicção do juiz” (art. 369); e também se atribui à presunção a força do meio de prova (CC, art. 212, IV).

Além disso, figura entre os deveres da parte o de durante a instrução da causa, “praticar o ato que lhe for determinado” pelo juiz (NCPC, art. 379, III). Assim, se se ordena a uma parte produzir prova ou esclarecimento a seu alcance, e se esta, sem justificar a recusa, omite-se no cumprimento da ordem judicial, autorizado estará o uso de seu comportamento como indícios já presentes nos autos, funcionará como elemento útil ao julgamento da causa.

A distribuição estática do ônus da prova em muitos casos dificultou a efetividade do acesso à justiça por não proporcionar condições de paridade indispensáveis às partes, mantendo a pesquisa a luz do que orienta Humberto Theodoro Junior (2016, p. 901 – 902) entende-se que:

A aplicação da partilha estática do ônus da prova se vale da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova, de maneira que os encargos em questão seriam objeto de repartição legal equilibrada. No entanto, a realidade aponta para rumos diferentes, pois não são raros os casos em que a parte encarregada pela lei do *onus probandi* não se acha, *in concreto*, em condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos de verdade acerca dos fatos alegados na fase postulatória, relevantes para o juiz chegar à solução justa do litígio.

Assim, visando solucionar tais injustiças, conforme já mencionado, a atual redação do artigo 369 do Código de Processo Civil passou a determinar que às partes seja disponibilizado o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados na lei, na busca por comprovar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do magistrado, seguindo os preceitos de Humberto Theodoro Junior (2016, p. 902) ensinam que:

Por isso, a lei nova reconhece a necessidade de, em tais situações, afastar-se a rigidez da partilha estática do ônus legal da prova, adotando critério mais flexível, a que a doutrina denomina *ônus dinâmico da prova*, atribuindo-o, de maneira diversa do sistema ordinário da lei, à parte que realmente esteja em condições de melhor esclarecer os fatos relevantes da causa (NCPC, art. 373, §1º).

Ocorre que, antes da previsão constante no Código de Processo Civil vigente, havia uma lacuna quanto à aplicação da teoria, ou seja, a mesma não possuía respaldo em dispositivo normativo específico, por tanto, seu emprego se dava por meio de uma interpretação sistemática do regime normativo, bem como analógica da legislação consumerista, senão vejamos:

Antes da vigência do atual Código de Processo Civil, era comum o equívoco de supor que o juiz apenas poderia inverter o ônus da prova quando pudesse aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não pudesse, mesmo antes da edição do atual CPC, assim proceder diante de outras situações de direito material. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p. 272).

Dessa forma, ainda que a regra geral constante na redação do artigo 373 em seus incisos I e II determine que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, aquele que demonstra a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico, modificativo, que por sua vez altera apenas parcialmente o fato constitutivo, de forma subjetiva ou objetivo, ou extintivo, os que fazem cessar a relação jurídica original, do direito do autor, senão vejamos:

Assim, o art. 373CPC/2015, distribui o ônus da prova conforme a posição processual que a parte assume. Se ela está no pólo ativo, compete-lhe provar o fato constitutivo de seu pretensão direito. Se no pólo passivo, cabe-lhe provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor. Não recai ônus da prova sobre o réu quando ele não alega fato modificativo, impeditivo ou extintivo, mas apenas nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor (...). (WAMBIER e TALAMINI. 2016, p. 236).

Mas uma nova regra foi acrescentada a seqüência de sua diplomação, possibilitando ao magistrado distribuir de forma dinâmica o ônus probatório face às peculiaridades do caso concreto, passando a considerar a condição de autor ou réu das partes no processo para determinar quem deve produzir as provas face as especificidades do caso, respeitando os princípios constitucionais que aplicam-se a situação, conforme explica Eduardo Cambi (2015):

Como salientado, seria dispensável a regulamentação legislativa e até mesmo desnecessário o art. 373, § 1.º, do novo CPC, porque bastaria bem compreender o art. 5.º, XXXV, da CF para permitir que o juiz aplicasse a teoria da carga dinâmica da prova. Todavia, foi importante, para fins de assegurar na legislação técnicas processuais mais avançadas, a expressão menção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 371, § 1.º, do novo CPC. O legislador brasileiro, destarte, seguiu, ainda que em âmbito não específico para a tutela coletiva, as sugestões contidas no Código Modelo de Processo Civil Coletivo (art. 12, § 1.º) e o que contemplava o Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo (art. 11, §§ 1.º e 2.º).

Pedimos atenção ao fato de que apesar do atual código processual civil ter incluído a teoria da dinamização no livro denominado “Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”, e não na parte geral, sua aplicação se estende aos procedimentos especiais, haja vista a previsão expressa do parágrafo único do artigo 318 do Código de Processo Civil que prevê a aplicação subsidiariamente aos demais procedimentos especiais, assim como ao processo e execução.

Diante da mencionada regra e com base no Princípio do Interesse, confere ainda, a ambas as partes, de forma absolutamente igualitária, o direito de produzir as provas, desde que possível, que entendem necessárias a confirmar a veracidade dos fatos afirmados em juízo, conforme insta Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo

Talamini (2016, p. 238) “a parte interessada pode requerer ao juiz que proceda a tal redistribuição, mas o juiz deve agir de ofício, uma vez presente os requisitos.”.

Nesse mesmo contexto, o princípio da cooperação é aplicado na busca pela verdade real e, conseqüentemente, o maior acesso à justiça, por meio da cooperação procedimental, de forma a alcançar o produto da atividade cooperativa entre o juiz na qualidade de administrador da Justiça do Estado investido de autoridade pública capaz de julgar a controvérsia, e a participação ativa das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo, com intuito de neutralizar as desigualdades entre as partes, conforme preconiza o atual Código de Processo Civil, senão vejamos:

(...) o Novo CPC traz um conjunto de comandos que fomentam o dialogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais, como, v.g., a boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões, a coerência, a integridade e o formalismo democrático. Tal premissa da cooperação otimiza o funcionamento processual na medida em que, de um lado, cria ferramentas de fiscalidade para o comportamento de todos os sujeitos, e, de outro, induz que o processo oferte o máximo de aproveitamento de sua atividade (com prevalência do julgamento do mérito – art. 4º), sem idas e vindas decorrentes, por exemplo, da esperteza de advogados ou negligência do juiz ao analisar argumentos essenciais para o deslinde correto do caso (art. 1.022, parágrafo único, I). (THEODORO JUNIOR e col, 2016, p.92).

Assim, no tocante ao ônus da prova, não é adequado fixar obrigações em abstrato com base tão somente na condição de autor ou de réu do sujeito processual, sem possibilitar flexibilizações diante do caso concreto, devendo recair tal ônus sobre a parte que apresentar as melhores condições para produzir a prova conforme as peculiaridades do caso em concreto, senão vejamos:

Resumindo: em regra, o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, por isso, deve julgar com base na regra do art. 373, caput, em caso de dúvida. Porém, particulares situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Nesses casos, ainda que as partes possam produzir prova, o próprio direito material demonstra que o processo, para trata os interesses de maneira adequada e efetiva, não pode exigir mais do que uma convicção de verossimilhança. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p. 276).

Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova encontra sua aplicabilidade prevista expressamente nos parágrafos 1º e 2º, do verbete legal em análise, condicionando a aplicação da exceção no que tange a inversão do ônus probatório às condições de impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo atribuído pela regra geral ou na hipótese em que se constate claramente a

maior facilidade de produção da prova quanto ao fato contrário pela parte adversa, conforme passamos a analisar:

O §1º do art. 373 do CPC/2015 autoriza o juiz a redistribuir o ônus da prova de modo diverso do previsto na regra geral, se houver impossibilidade ou excessiva dificuldade no cumprimento do encargo ou, ainda, se for mais simples a obtenção de prova do fato contrário. Mas o juiz está proibido de proceder a tal redistribuição, se ela implicar a atribuição à parte de ônus impossível ou excessivamente difícil de ser cumprido (§ 2º). Trata-se daquilo que a doutrina denomina de distribuição dinâmica do ônus da prova. (WAMBIER e TALAMINI. 2016, p. 238).

Diante da importância de tal inovação, que além de proporcionar uma diretriz no momento da aplicação da referida teoria, ainda tornou mais fácil corrigir eventuais injustiças em matéria de distribuição do ônus probatório, Daniel Amorim Assunção Neves (2017, p. 738) ensina que:

A partir da previsão da previsão do § 1º do art. 373 do Novo CPC, a inversão judicial, que ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais passou a ser regra geral do Direito, de forma que em toda relação jurídica de direito material levada a juízo será possível essa inversão em aplicação da teoria, agora consagrada legislativamente, da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Ou seja, diante da análise do caso em apreço, verificada a necessidade de distribuir de forma dinâmica o ônus probatório, esta não residirá na ponderação de princípios constitucionais ou na interpretação sistematizada da legislação processual, mas sim na própria regra prevista pelo artigo podendo o magistrado distribuir o encargo probatório de forma diversa da regra engessada, desde que o faça em decisão fundamentada, com intimação da parte a quem será direcionado o ônus de trazer aos autos a prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe, oportunamente, se desincumbir a contento do encargo, conforme Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 238) ensinam em sua obra:

Na tarefa de redistribuir o ônus da prova, não há margem para arbítrio nem discricionariedade (no sentido estrito do termo) do juiz. O emprego do verbo “poderá” no §1º indica apenas a necessidade de exame de cada caso concreto. Como indicado antes, a atribuição legal do ônus da prova toma em conta aquilo que ordinariamente acontece: a parte a quem o fato interessa é que tem a melhor condição de prová-lo, se não o faz, isso significa que provavelmente o fato não existe. Mas a casos concretos em que o juiz verifica concretamente que é muito difícil ou até impossível à parte sobre quem recai o ônus probatório provar o fato, ou que é muito mais fácil para a parte adversária fazê-lo. Ou seja, o juiz constata que naquele específico processo a suposição desenvolvida pelo legislador é inadequada. Por isso, a reformula no caso concreto.

Os parágrafos seguintes do mencionado artigo, por sua vez, passaram a discorrer sobre a possibilidade de o magistrado inverter do ônus da prova, ainda que de ofício, nos casos previstos em lei, de direito substancial e material, diante das

peculiaridades da causa e da dificuldade de uma das partes de produzir determinada prova devido à impossibilidade em cumprir tal encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, desde que esteja dentro dos ditames legais e que seja determinado por decisão fundamentada, respeitando o princípio do contraditório, conforme entendimento constante no Enunciado 632 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

A decisão de aplicar a dinamização do encargo probatório deve respeitar o contraditório processual, não importando o momento da demanda que se tome tal decisão, desde que se oportunize a parte onerada a possibilidade de produzir a prova respectiva, assim a decisão que determine a distribuição dinâmica deve se dar, quando possível, no despacho saneador do processo, assim ensina Daniel Amorim Assunção Neves (2017, p. 739 - 740):

Para que o réu não seja surpreendido com a inversão já finalizada a instrução probatória, entendo que, em respeito ao princípio do contraditório, a sinalização de possível inversão – se necessário for – deve ser feita expressamente já na decisão saneadora.

Nesse passo o dispositivo legal em seu parágrafo segundo ainda ratifica a impossibilidade da distribuição do encargo de forma diversa da prevista pelo caput, quando constatada a impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção da prova para ambas as partes, deflagrando situação de prova bilateralmente diabólica.

Em seqüência o parágrafo 3º viabiliza à partes convencionar a distribuição do ônus da prova, não somente nas situações em que houver direito indisponível, mas também quando uma das partes for claramente prejudicada caso a inversão do ônus da prova seja aplicada, vedando apenas nos casos em que a causa recaia sobre direitos indisponíveis ou torne a produção da prova impossível ou excessivamente difícil para um dos litigantes, conforme orienta Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 239):

O §3º possibilita às partes convenção a respeito do ônus probatório (que pode ser celebrada até mesmo antes do processo), exceto quando se tratar de direito indisponível ou quando a redistribuição convencional tornar excessivamente difícil o exercício do direito de ação ou de defesa.

Ainda quando ao tema, o parágrafo 4º reitera a tendência da novel legislação processual civil, em admitir que os negócios processuais sejam definidos antes ou durante o processo.

Neste modelo, com base na Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, o ônus deve ser desempenhado pela parte que, conforme as particularidades do caso em debate, possuir as melhores condições de trazer aos autos provas do

direito pretendido, trazendo à relação jurídica processual a possibilidade de amoldar-se a fim de atender às especificidades da causa em apreço, proporcionando equalização da posição das partes em juízo.

Assim, a flexibilização da regra e a aplicação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova trouxe ao processo civil a possibilidade de restabelecer eventual desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, fazendo com que o encargo probatório dos fatos discutidos recaia sobre a parte que tenha condições e maior facilidade para produzir a prova.

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

Seguindo o estudo a cerca da aplicabilidade da inversão do ônus prova, passamos a analisar o aludido instituto nos termos previstos pelo artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, conforme já mencionado, o Código Consumerista em 1990 inovou o sistema processual brasileiro, prevendo que a distribuição da carga probatória se desse por meio de um juízo valorativo do julgador, o que inovou ao prevê a inversão do ônus da prova, buscando garantir a eficácia dos princípios constitucionais atinentes ao direito processual, como o acesso a justiça e a igualdade processual.

A legislação consumerista trouxe a baila do direito brasileiro à regulamentação a cerca da temática relativa ao ônus da prova considerando as peculiaridades subjetivas de cada caso, concebendo como um dos direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, e, antes da regulamentação do instituto no atual Código de Processo Civil, possibilitou a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, fosse verificada a verossimilhança da alegação ou quando caracterizada a sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiências. Conforme ensina Santos (2002, p.71):

A norma estabelecida no inciso VIII do art. 6º é clara, ou seja, é necessária a presença de apenas um dos requisitos, porque, se assim não o fosse, o legislador, à evidência, teria utilizado a conjunção aditiva 'e'. É princípio basilar do direito que onde o legislador restringe, não é permitido ao intérprete ampliar.

No entanto, enquanto artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, apresenta-se como regra genérica, sendo necessária a verificação pelo juiz de pelo menos um dos requisitos que autorizam tal inversão, há também hipóteses que

prevêem expressas às situações em que teremos a exceção à regra geral do ônus probatório, conforme ensina Daniel Amorim Assunção Neves (2017, p. 738): “A inversão legal vem prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto.”, configurando-se a inversão do ônus da prova *ope legis* verificada nos artigos 12, §3º e 14, §3º, conforme ensina Didier Jr. (2017, p.78-79): “A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, aprioristicamente, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz.”

Consta, ainda, no artigo 38 do mesmo diploma legal, a previsão expressa de que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

A hipossuficiência deve ser entendida como a condição de vulnerabilidade ou deficiência do consumidor que tornariam difícil ou até impossível que ele trouxesse aos autos provas que corroborassem com sua pretensão processual, a verossimilhança, por sua vez, é a aparência de verdade no tanto quanto afirma o autor, conforme passamos a analisar:

Melhor explicando: em determinados casos, ainda que não seja possível determinar, através de prova, que um defeito ocasionou um dano, seja porque as provas não são conclusivas, seja porque as regras de experiência não são absolutas, pode ser viável ao menos chegar a uma convicção de verossimilhança, a qual é legitimada em razão de que o violador da norma de proteção assumiu o risco da dúvida. Nessas situações, é possível julgar com base na verossimilhança preponderante ou, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, inverter o ônus da prova na sentença com base na verossimilhança da alegação. Porém, quando não se pode chegar nem mesmo à verossimilhança da alegação, há uma situação de inesclarecibilidade, ou a impossibilidade de o consumidor produzir prova para esclarecer a relação de causalidade. Nessa situação, a inversão do ônus da prova deve ser feita com base na hipossuficiência, tal como compreendida no parágrafo acima. (MARIONI, ARENHART, e MITIDIERO, 2017, p. 279-280).

Assim, havendo qualquer das duas hipóteses, deverá o juiz inverter o *onus probandi*, com intuito de adequar a norma em comento aos ditames do princípio constitucional da Isonomia, conforme ensinamento do professor Didier (2010, p. 85), leia-se:

A previsão da inversão dos ônus da prova amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor) – desigualdade essa reconhecida pela própria lei. Assim, a inversão pode dar-se em qualquer ação ajuizada com fundamento no CDC.

Quanto ao momento da inversão na esfera consumerista aplica-se a regra de atividade e não de julgamento, ou seja, prevê um procedimento a ser adotado pelo juiz, vinculado às atividades a serem desenvolvidas pelas partes, não sendo

facultado o juiz deixar para apreciar na sentença o pedido de inversão do ônus da prova, uma vez que trata-se de decisão que possibilita a alteração todo o sistema de provas no curso do processo, conforme posicionamento de Nunes (2005, p. 743):

O momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido 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.

Por fim, faz-se necessário registrar que, sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, bem como não se manifestando de forma fundamentada sobre a necessidade de tal inversão diante das provas testemunhal, pericial e documental, ou seja, a simples existência de relação de consumo não autoriza, por si só, a inversão do ônus da prova, não podendo a faculdade judicial ser manejada em favor apenas do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra do devido processo legal, senão vejamos nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2016, p. 914-915):

Ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei consumerista, competirá provar, por força da regra *sub examine*, não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo, como, v.g., o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta denexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc. Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6º, VII, do CDC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao réu.

Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor, no processo assumindo a qualidade de autor, seria diabólico exigir do fornecedor, na qualidade de réu, a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, impor prova possível, a pretexto de inversão de *ônus probandi*, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa.

Nelson Nery Jr, (1995, p.38), versando sobre a impossibilidade da inversão do ônus da prova se da de forma automática nos ensina que o devido processo legal do postulado fundamental do direito constitucional, gênero, do qual derivam todos os outros princípios, espécies, postulado este que se biparte em devido processo legal substancial e processual, aqui interessando tão somente o "devido processo legal processual" (*procedural dueprocessoflaw*), que nada mais é do que "a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do

modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos".

A inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, foi instituída com o objetivo de equilibrar as contendas decorrentes das relações de consumo, tratando-se de um instituto legal que visa facilitar a manutenção da segurança dos direitos do consumidor, ficando subordinada, conforme já mencionado, ao critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

No entanto não existe inversão compulsória tão pouco automática em detrimento do réu, ela deverá ser aplicada apenas em circunstâncias concretas quando apuradas pelo juiz no contexto da necessidade de facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

4.4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO TRABALHISTA

Não é possível dizer que a Consolidação das Leis Trabalhistas era omissa a respeito da temática referente à inversão do ônus da prova, uma vez que em seu artigo 818, conforme já mencionado, existia previsão legal legitimando o ônus da prova, mas diante da crescente complexidade do processo do trabalho, além da maior relevância por ele adquirida ao longo do tempo, contribuíram para que os operadores atuantes buscassem socorro para as celeumas com omissão na legislação processual trabalhista nas disposições constantes no processo comum, o que nem sempre alcançava a efetividade almejada, conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p.135):

Há certo consenso no sentido de que todas as fases reformistas (e o NCPC) tiveram por escopo a efetividade do processo, o que implica, em certa medida, o reconhecimento da relativização do dogma da autonomia do processo do trabalho nos casos em que o art. 769 da CLT representar, na prática, descompromisso com tal princípio, porquanto a morosidade processual favorece os mais ricos (empregadores) em detrimento dos mais pobres (trabalhadores), sendo estes últimos, certamente, os mais prejudicados com a intempestividade da prestação jurisdicional.

O mencionado doutrinador (2017, p. 788) prossegue a respeito da inversão do ônus da prova em sua obra ressaltando que “o requisito da hipossuficiência (geralmente econômica) do empregado perante seu empregador que autoriza o juiz do trabalho a adotar a inversão do *ônus probandi*.”, restando claro que antigo texto adotado pela Consolidação das Leis Trabalhistas apresentava de forma

extremamente sucinta a aplicação do ônus da prova ao determinar apenas que a prova das alegações incumbia à parte que as fizesse, refletindo a defasagem de um texto preterido, datado de 1943, diante dos tempos atuais o que causava insegurança jurídica.

Dessa forma, nos moldes da antiga redação, não bastavam às alegações da parte para a formação do convencimento do magistrado, devendo, com base no princípio da necessidade da prova, prová-las em juízo, o que caracterizava uma grande dificuldade na seara trabalhista, diante da informalidade de muitas relações empregatícias, de fraudes de todas as espécies, da dificuldade de produção probatória por parte do empregado, dentre tantas outras violações de direitos.

Assim, diante nítido desequilíbrio na obtenção das provas necessárias, serão observadas as peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de provar ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, sendo possível que o magistrado inverta o ônus da prova, conforme ensina Alexei Almeida Chapper (2017, p. 64), uma das principais alterações no campo processual foi referente ao ônus da prova enquanto “parâmetros de distribuição e de inversão do ônus da prova (CLT art. 818, mais condizente com a realidade da capacidade probatória.”.

A inversão do ônus da prova é consubstanciada na impossibilidade ou grande dificuldade de obtenção de prova indispensável por parte do autor, face a sua hipossuficiência na relação de emprego, assim, a doutrina e jurisprudência trabalhista, passaram a aplicar, o princípio da norma mais favorável, o qual trouxe novas acepções às noções de hierarquia normativa no direito material trabalhista, bem como aos critérios de especificidade onde a norma específica afasta a norma genérica.

Na prática, percebendo a dificuldade para produzir a prova considerando as regras estáticas que permeavam o Direito do Trabalho, passou a ser admitido, em alguns casos, que o ônus da prova fosse transferido do trabalhador para o empregador, considerando a proteção do hipossuficiente. Conforme ementa do Julgado de relatoria do Desembargador Vitor Salino de Moura Eça, em decisão em Recurso Ordinário pela 6ª Turma do 3º Tribunal Regional Trabalhista que adotou a teoria da distribuição dinâmica da prova, como condições de carrear provas ao processo:

EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TÉCNICA DE JULGAMENTO CONSENTIDA PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. ATIVAÇÃO JUNTO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. A despeito da natural disparidade de forças que existe entre empregado e empregador, na maioria dos feitos processados perante esta Justiça Especializada, a norma processual do trabalho que trata da distribuição do ônus da prova não contempla expressamente a possibilidade da inversão do ônus da prova. Embora haja sua positivação em outros diplomas processuais, assim não ocorre entre nós. Isso, no entanto, não a afasta do Direito Processual do Trabalho. E, assim, a Justiça do Trabalho não está impedida de se valer dessa técnica de julgamento, podendo utilizá-la sempre que a distribuição dinâmica do ônus da prova assim recomendar. Sua aplicação encontra sólido suporte doutrinário e jurisprudencial, pelo que seu uso é não só possível, mas também recomendável, como imperativa medida de justiça (00235-2009-063-03-00-4 RO, 6ª T., TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vitor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10).

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a Instrução Normativa 39/2016 que dispunha sobre as normas aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho e conforme clara redação do parágrafo 3º da Instrução o referido dispositivo, antes mesmo das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, à distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no artigo 373, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil já havia sido perfeitamente recepcionado pela Justiça do Trabalho.

Nessa mesma linha, também antes do advento da Reforma Trabalhista, a jurisprudência, conforme já demonstrado, já entendia pela aplicação supletiva e subsidiária da legislação processual comum em consonância com a Instrução Normativa 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, a fim de determina a inversão do ônus da prova para viabilizar o amplo acesso à justiça.

Necessário ainda, destacar que, por tratar-se de matéria de reservada a análise de justiça especializada, é natural que a Justiça do Trabalho mantenha o entendimento de que o ônus probatório em grande parte das demandas seja da empresa reclamada e não do reclamante, principalmente em se tratando de assuntos que já encontram entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho a respeito da inversão do *ônus probandi*, a exemplo das Sumulas nº 6, nº 16, nº 212, nº 254, nº 338 e a nº 461. Sobre o tema versou ainda o Enunciado 302, do Fórum Permanente de Processualista Civil, nos seguintes termos:

Aplica-se o art. 373, §§1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes

da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467, de 2017, designou roupagem mais atual e em sintonia com as reformas realizadas em outros países, conforme passamos a analisar em linhas gerais:

A reforma trabalhista levada a cabo no Brasil pela Lei 13.467/17 se insere no contexto das reformas trabalhistas realizadas por muitos países a partir da crise econômica mundial iniciada na primeira década do século XXI. Tais reformas seguiram um paradigma comum, de desregulamentação das relações de trabalho, prestigiando-se a negociação coletiva e flexibilizando-se a legislação inclusive no âmbito das relações individuais de trabalho, fazendo prevalecer a vontade das partes sobre a legislação, cuja rigidez passou a ser atenuada pelo que se passou a denominar “*flexicurity*”: proteção e segurança obtidas pela flexibilidade, e não pela rigidez da legislação. (Ives Gandra da Silva Martins Filho. 2017, p.55).

Conforme já mencionado, a jurisprudência trabalhista já vinha mitigando a integração com o previsto na legislação processual comum, visando minimizar a rigidez da regra o ônus da prova, em algumas hipóteses, ao alterar o artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas, conforme verificamos na sua atual redação:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:
 I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
 II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.
 § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
 § 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.
 § 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Nesses termos, a inversão do ônus probatório deve ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, deverá implicar no adiamento da audiência, mediante decisão que deverá ser fundamentada, a fim de que a parte, em relação à qual o ônus vai se operar, não seja surpreendida possibilitando, ainda, que os fatos controversos sejam provados por qualquer meio em direito admitido, conforme leciona Alexei Almeida Chapper (2017, p. 103):

A instrução e o julgamento do processo também foram alterados com a nova redação do artigo 818 da CLT. O artigo dispõe acerca do ônus da prova e foi melhor desenvolvido com a reforma trabalhista. “O ônus da prova é uma regra de julgamento.” E a distribuição dinâmica do ônus da prova agora está expressamente prevista na CLT, muito embora já fosse aplicada com base no CDC e no CPC.

Desta forma, a legislação trabalhista deixou mais palpável à dinâmica de responsabilidade na produção probatória, dispondo, como regra geral, que o ônus da prova incumbe ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito, como leciona Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 796):

Acreditamos que no processo do trabalho há amplo espaço para a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente pelo fato de que nas demandas judiciais é justamente o empregador, e não o empregado, que se encontra em melhores condições de produzir a prova, razão pela qual a adoção da teoria tradicional da distribuição estática do ônus da prova, em tais casos, pode inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva.

Passando a regulamentar de forma mais flexível nos termos legais ou diante de peculiaridades da causa relacionadas ao encargo quando verificada que sua realização não seria possível ou, quando possível, se daria de forma excessiva difícil nos termos do artigo em apreço ou quando caracterizada facilidade na obtenção da prova do fato contrário ao alegado, havendo a possibilidade de o juízo atribuir o ônus da prova de modo diferente, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que será concedida à parte a possibilidade de se desincumbir do encargo probatório que lhe foi atribuído, como orienta Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 795):

A nosso sentir, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade formal e substancial das partes (CF, arts. 3º, III, 5º, caput), do acesso justo à justiça (CF, art. 5º XXXV), da lealdade, da boa-fé e veracidade (NCPC, arts. 77, 79, 80, 82 e 139) e da cooperação (NCPC, arts. 378, 379, 386, 396).

Assim, resta claro que diante da necessária busca pela equidade processual, bem como a situação de hipossuficiência que por vezes assiste o trabalhador, considerando que a produção da prova para ele é mais onerosa e quase inatingível em certas circunstâncias, desde que face ao caso concreto seja demonstrada real dificuldade na produção probatória, pode-se requerer a inversão do ônus da prova com base no reformado artigo 818, § 1º da legislação trabalhista que corrobora com o artigo 373, § 1º da legislação processual comum.

CONCLUSÃO

Alcançamos as considerações finais do estudo no qual se tratou das peculiaridades das provas na esfera processual, conceituou-se o ônus probatório e foi analisado a consolidação da teoria da distribuição do ônus da prova através da sua pacificação no Código de Processo Civil em vigor.

Quanto à prova foi verificada sua aplicabilidade como fundamento indispensável no processo civil brasileiro, por tratar-se de meio processual que atua visando elucidar a verdade a fim de alcançar a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato controvertido para que ele possa proferir uma decisão de mérito justa e efetiva.

Os meios de prova podem ser conferidos de forma oral, documental ou material, podem, ainda, ser produzidas no curso do procedimento, ou produzidas preventivamente quando pretendem mostrar existência de ato ou negócio jurídico.

Por fim, ainda que não exista pacificação doutrinária, entende-se como destinatário direto da prova o processo, uma vez que elas são produzidas para fundamentá-lo, ao juiz, enquanto sujeito processual imparcial faz uso delas para fundamentar sua decisão.

Seguindo a pesquisa alcançamos o ônus da prova, que se trata de um encargo com previsão legal, direcionado às partes, de produzir as provas pertinentes a convalidar alegações feitas em juízo, cabendo ao autor, nos termos da previsão estática constante no artigo 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil, provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, no entanto o diploma legal inovou quando a possibilidade de inversão do ônus da prova de forma legal, convencional ou judicial, que pode ser feita em favor de uma das partes, caso seja verificada uma das possibilidades autorizadas previstas em lei.

Essa possibilidade de inverter do ônus da prova concedida pelos princípios da igualdade e da cooperação entre os sujeitos do processo, devendo o magistrado, em decorrência dos poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo Estado de Direito, atuar de maneira intensa e eficaz para a produção de provas, as quais embasarão, no momento da prolação da sentença, a formação de sua convicção e garantindo, assim, a prestação jurisdicional.

Vislumbramos ainda que a distribuição do ônus da prova não pode ocorrer de forma rígida, fundada tão somente na posição das partes e na natureza dos fatos controversos, mas deve ser realizada de uma maneira dinâmica, atendendo às particularidades do caso em análise, assim como exigência de justiça e equidade no processo e na decisão, o favorecimento do acesso à justiça e à possibilidade de defesa em juízo dos direitos, de assegurar às partes litigantes paridade em suas defesas, do cumprimento dos deveres de lealdade, probidade, boa fé e de colaboração das partes e da maior participação dos magistrados na condução coerente dos autos processuais.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova visa, ainda, salvaguardar o acesso a direitos e garantias, principalmente os de caráter processual, não é possível inviabilizar a produção de provas, por exemplo, por falta de conhecimento técnico, financeiro ou até mesmo pelo monopólio das provas exercido por uma das partes em inteira configuração de má-fé.

Contudo, ainda que a inversão do ônus da prova se dê em vias processuais a fim de assegurar a aplicabilidade da justiça, nos casos em que uma das partes não consiga produzir as provas nos termos da lei, para que esta inversão não seja considerada arbitrária, é necessário que o juiz decida de forma racional e fundamentada, devendo proferir um julgamento lógico, suficiente de revelar e fazer entender como alcançou sua convicção e quais elementos que a determinaram.

Desse modo, o Código de Processo Civil trouxe inovações de grande importância no âmbito da matéria probatória, resguardando ainda a sua aplicabilidade na legislação consumerista, o qual inovou o sistema processual brasileiro ao fazer previsão expressa da possibilidade de distribuição da carga probatória por meio de um juízo valorativo do julgador.

Na seara trabalhista, por sua vez, considerando a busca pela equidade processual, a Reforma Trabalhista consolidou à dinâmica de responsabilidade na produção probatória, que já era aplicada conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial pacificado, assim desde que demonstrada a dificuldade na produção probatória bem como a situação hipossuficiente do trabalhador, pode-se requerer a inversão do ônus da prova com base no artigo 818, § 1º da Conciliação das Leis Trabalhistas.

Por fim, resta demonstrado que o legislador buscou manter o *ônus probandi* no âmbito subjetivo do interesse de contribuir com a verdade, reconsiderando o

processo à luz do princípio do acesso à justiça, principalmente no que diz respeito às possibilidades do direito à prova, em especial por trazer de forma expressa a possibilidade de incidência da regra da distribuição dinâmica do ônus probatório e por definir suas formalidades, homenageando a segurança jurídica e estabilizando a relação processual das partes em litígio, que terão ciência, desde o princípio, da possibilidade de aplicação do instituto em busca da equidade no caso concreto, respeitando a lealdade, probidade, boa-fé e colaboração das partes.

REFERÊNCIAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. **A distribuição do ônus da prova**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Direito processual coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Elementos de teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **A Teoria Dinâmica do ônus da prova. O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Editora Juspodivm, 2015.

ARRUDA ALVIM. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: RT, 2016.

BRAGA, Sergio Murilo Diniz. **Novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Belo horizonte. Editora Líder – 2016.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 jun.2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7 set.2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 mai.2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 mai.2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 mai.2018.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9 jun.2018.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 5 mai.2018.

BRASIL. **Instrução Normativa 39/2016**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 7 jul.2018.

BRASIL. Lei dos cartórios. **Lei nº 8935, de 18 de novembro de 1994**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 jun.2018.

BRASIL. Reforma Trabalhista. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7 jul.2018.

BRASIL. **Sumulas do TST**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 7 jul.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 256.417 – PE** (2012/0240847-0), da 2ª turma, Agravante: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, Agravado: Agropecuária Serrote Redondo Ltda. Relator: Min Eliana Calmon, Brasília, D.J 16 set 2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ />](http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ/). Acesso em: 6 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.450.473 - SC** (2014/0066160-5), da 2ª turma, Agravante: Celesc Distribuição S/A, Agravado: Dicave Gartner Distribuidora Catarinense de Veículos Ltda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Brasília, D.J 21 jun 2016. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ />](http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ/). Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.635.254 – SP** (2016/0284322-8), da 3ª Turma, Agravante: Burigotto S.A, Industria e Comercio, Agravados: Benitez Moura Rocha Filho e Benitez Moura Rocha Neto. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Brasília, D.J 30 mar 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450534889/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1635254-sp-2016-0284322-8/inteiro-teor-450534899>> Acesso em: 7 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 732.150 - SP** (2005/0040804-9), da 3ª turma, Recorrente: Confecções Esportivas Dell"erbaLtda, Recorrido: Associação Portuguesa de Desportos. Relator: Min NANCY ANDRIGHI, Brasília, D.J 21 ago 2006. Disponível em:<[http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ />](http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ/). Acesso em: 8 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 96356 RS**, da 1ª turma, Partes: José Carlos Moreira Bittencourt, Jader da Silveira Marques e outros (A/S),

Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min Marco Aurélio, Brasília, D.J 24 ago 2010. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 421 Questão de Ordem**, Tribunal Pleno. Relator: Min Joaquim Barbosa, Brasília, D.J 4 fev 2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 28.774**, da 1ª turma. Relator: Min Roberto Barroso, Brasília, D.J 25 ago 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 8 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento Civil 0048199-58.2017.8.19.0000**, da 27ª Câmara Cível. Relator: Des. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, Rio de Janeiro, D.J 29 ago 2017. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/>>. Acesso em: 10 set 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento: AI 12873588 PR 1287358-8**, da 4ª Câmara Cível. Agravante: Município de Curitiba, Agravados: Mario Gabardo Filho e outro. Relator: Des. Hamilton Rafael Marins Schwartz, Paraná, D.J 10 mar 2015. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em: 9 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista: RO 0012164920145030163 0012164-96.2014.5.03.0163**, da 4ª turma, Relator: Maria Lucia Cardoso Magalhães, MG, 2017. Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. **Embargos Infringentes e de Nulidade em Recurso Criminal: EINRC 777 TO 2006.43.00.000777-6**, Segunda Seção, Relator Desembargador Tourinho Neto, Tocantins, DJF1 27 fev 2013. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23063607/embargos-infringentes-e-de-nulidade-em-recurso-criminal-einrc-777-to-20064300000777-6-trf1>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 2**, Tomo I. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, v. 1.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2016

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

_____. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Repro. vol. 246 (agosto 2015). Revista de Processo. Disponível em:

<www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao.../RPro_n.246.04.PDF> Acesso em: 03/02/2019.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2010

DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. v. III. 3ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1973.

DIDIER JUNIOR, Fredie; **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Jus Podivm. 2010, v. 1.

DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; **Curso de Direito Processual Civil – V.2**. 13ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Jus Podivm. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie, PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: anotado com dispositivos normativos e enunciados** – 4.ed. revista e atualizada – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

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

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19 ed. Revisada e reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Contornos sobre a prova na investigação de paternidade. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Prova, Exame Médico e Presunção: O artigo 232 do Código Civil..** Salvador. JusPodivm, 2006, p. 9-35.

FREIDE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; MIRANDA, Pedro. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil – Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. v. 3**, Salvador: JusPodivm, 2014.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª. Edição. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIÉRO, Daniel, **Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum, volume 2**, 3ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 649, 18 abr. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6517>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo IV: arts. 282 a 443**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo, RT, 21 edição, 1995.

NETO, Elias Marques de M. SOUZA, André Pagani de. CASTRO, Daniel Penteado de. MOLLICA, Rogerio. **Momento processual da atribuição dinâmica do ônus da prova – artigo 373 do CPC/15**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica>>. Acesso em: 12 set.2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil - Volume único**. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NEVES, Renato. **A distribuição do ônus da prova no Processo do Trabalho com o advento do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46883>. Acesso em: 12 set.2018.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva 2005

PEIXOTO, Ravi. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - EFPPC - Comentados (2018)**, Salvador: Jus Podivm. 2018.

RINCO, Rosemay Martins. **A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho à luz do novo Código de Processo Civil - Lei Nº 13.105/15**. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-distribuicao-do-onus-da-prova-no-processo-do-trabalho-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil-lei-no-131051,55829.html>> Acesso em: 8 set 2018.

ROQUE, André. GAJARDONI, Fernando. TOMITA, Ivo. DUARTE, Luiz Dellore Zulmar. **Novo CPC anotado e comparado: tudo em um – 1. Ed. – São Paulo**. Foco Jurídico. 2015.

RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova: do conceito de provas aos modelos de constatação da verdade**. Revista Magister de Direito Civil, n. 52, p. 43, jan.-fev. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 2.

SCHIAVI, Mauro, **Manual de Direito Processual do Trabalho, 10ª Ed. De acordo com o novo CPC**. - São Paulo: Ltr, 2016.

SILVA, Leandro Eduardo da. **O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24659/o-onus-da-prova-no-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 7 set.2018.

SOUZA, André Pagani. **Vedação das decisões – surpresa no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**: São Paulo: Editora Método. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prova indiciária no novo Código Civil e a recusa ao exame de DNA**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, n 33, jan/fev 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A constitucionalização do processo no Estado Democrático de Direito**. In GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas (Coords.). **Novo CPC: reflexões e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum - Vol. I**. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dirle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3. Ed. ver., atual e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

TORRES, Jackeline Romeu. **Distribuição dinâmica do ônus da prova.**

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59520/distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova/1>>. Acesso em: 7 set.2018.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. “(ainda e sempre) o momento de inversão do ônus da prova”. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Mars, n. 60, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, **Eduardo**. **Curso Avançado de Processo Civil: Cognição Jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**, volume 2 – 16 ed. reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.