

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO PROCESSO CIVIL

NATÁLIA GEHRES TRAPP

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA**

**Porto Alegre**

**2015**

**NATÁLIA GEHRES TRAPP**

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA**

**Monografia apresentada ao Programa de Pós  
Graduação em Direito Processual Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul.**

**Orientador: Daniel Francisco Mitidiero**

Porto Alegre

2015

CIP - Catalogação na Publicação

Gehres Trapp, Natália

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA / Natália Gehres Trapp. -- 2015.

36 f.

Orientador: Daniel Francisco Mitidiero.

Monografia (Especialização) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de PósGraduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2015.

1. Prova. 2. Da Teoria da Distribuição dinâmica do ônus da prova. 3. O novo CPC e a teoria da dinamização. I. Mitidiero, Daniel Francisco, orient. II. Título.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo uma análise acerca da formação do material probatório, em especial no que diz respeito à dinamização do ônus da prova e sua inserção no Novo Código de Processo Civil - Lei n. 13.105. A dinamização do ônus da prova permite a transformação da regra estática do ônus da prova em algo dinâmico, devendo ser observado alguns elementos pontuais para sua implementação. O instrumento da dinamização visa resolver a impossibilidade, recorrente em muitos casos, de se formular um critério que satisfaça todas as hipóteses de aplicação do direito em casos concretos que gerem incertezas quanto à situação fática. É a dinamização, portanto, ferramenta que torna mais flexível e adaptável o ônus da prova em casos concretos, garantindo a aplicação real do direito material. A averiguação de qual das partes possui melhores condições para a produção da prova é condição imprescindível para a correta aplicação da teoria, tanto quanto a sensível verificação de que a regra estática não se mostra eficaz e adequada para o caso concreto. Ponto importante da pesquisa aborda a postura das partes e do magistrado quando da aplicação do ônus dinâmico da prova, onde se verificou a essencialidade da ciência das partes acerca da distribuição diversa do encargo probatório, permitindo o exercício pleno do direito constitucional à produção de provas, evitando, ainda, ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa. A dinamização tem como intuito principal a possibilidade expressiva de aumento na certeza acerca dos fatos concretos bem como a possibilidade de diminuição das desigualdades quando presente a incerteza fática. A pesquisa está dividida em três partes principais. Na primeira, o tema versa sobre aspectos essenciais da prova dentro do processo civil contemporâneo. Na segunda, restou a intenção de demonstrar conceitos básicos da teoria da dinamização do ônus da prova. Na última parte, apresentou-se, de forma singela, a perspectiva e os reflexos que a inserção da dinamização terá no novo Código de Processo Civil.

**Palavras-chave:** dinamização, prova, ônus da prova, colaboração.

## ABSTRACT

This paper aims to an analysis of the formation of the evidence assembled, especially with regard to the promotion of the burden of proof and its insertion in the New Code of Civil Procedure - Law no. 13,105. Streamlining the burden of proof allows the transformation of static rule the burden of proof in something dynamic and should be observed some specific implementation aspects. The dynamic instrument aimed at resolving the impossibility, recurrent in many cases, to formulate a policy that meets all the right application of assumptions in individual cases that generate uncertainty as to the factual situation. It is the dynamic, therefore, a tool that makes it flexible and adaptable the burden of proof in individual cases, ensuring real application of substantive law. The investigation of which party has the best conditions for the production of evidence is an essential condition for the correct application of the theory as far as sensitive verification that the static rule is not efficient and suitable for the particular case. Important research issue concerns the position of the parties and the judge in the application of dynamic burden of proof, where it was found the essential science of the parties on the different distribution of the evidentiary burden, allowing the full exercise of the constitutional right to produce evidence, avoiding further offense to the principle of contradiction and full defense. The promotion has as main purpose the significant possibility of increased certainty about the hard facts and the possibility of reducing inequalities when present the factual uncertainty. The research is divided into three main parts. At first, the subject deals with key aspects of the race within the contemporary civil procedure. In the second, left intended to demonstrate basic concepts of the theory of boosting the burden of proof. The last section is presented, in a simple form, perspective and reflections that the insertion of promotion will have in the new Civil Procedure Code.

**Keywords:** dynamic, evidence, burden of proof, collaboration.

## SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| INTRODUÇÃO  | 06 |
| 1. PROVA  | 08 |
| 1.1. Aspectos essenciais  | 08 |
| 1.1.1. Conceito   | 08 |
| 1.1.2. Finalidade   | 11 |
| 1.1.3. Classificação da prova   | 12 |
| 1.2. Ônus da prova  | 13 |
| 1.3. A distribuição estática do ônus da prova adotada no direito processual civil brasileiro: art. 333, CPC | 15 |
| 1.4. Inversão do ônus da prova  | 16 |
| 1.5. Convenção sobre o ônus da prova  | 18 |
| 2. DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA  | 19 |
| 2.1. Conceito e características   | 19 |
| 2.2. Bases constitucionais da dinamização   | 21 |
| 2.3. O momento para a dinamização do ônus da prova  | 22 |
| 3. O NOVO CPC E A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO   | 24 |
| 3.1. Formalismo-valorativo: contraditório forte e dever de colaboração                                      | 24 |
| 3.2. O art. 373 do novo CPC   | 28 |
| 3.3. O comportamento das partes do processo   | 30 |
| CONCLUSÃO   | 33 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS  | 35 |

## INTRODUÇÃO

O atual processo de conhecimento, em sua grande maioria, depende e muito do contexto apresentado pelas partes do processo, ou seja, é necessário que a parte autora explicita os fatos de forma clara bem como se mostra importante a demonstração do embasamento jurídico do pedido; já à parte requerida é dada a oportunidade, salvo exceções, de impugnar as alegações feitas, atribuindo suas razões ao caso expresso.

De outro lado, o magistrado, ao qual a causa fora distribuída, diante do caso colocado e das razões expostas, deverá formar suas convicções, formulando raciocínio a fim de julgar a causa em favor de uma das partes.

Em face do acima apresentado, resta clara a fundamental importância das provas dentro do ordenamento jurídico e, principalmente, para o processo civil, vez que o julgador não estava presente quando do acontecimento dos fatos, o que cria, em algumas situações, maior dificuldade para a compreensão do caso concreto; contudo, a partir de um conjunto probatório recheado, presente em um debate consistente entabulado entre os litigantes, o juiz terá maiores condições de efetivar a prestação da tutela jurisdicional de forma a atender com justiça os envolvidos nos conflitos.

Nesse sentido e tendo em vista estar o processo civil contemporâneo fundamentado no formalismo-valorativo, deve-se estar claro que o processo não pode se distanciar da cultura e das transmutações da sociedade como um todo. A demanda e as decisões como um todo precisam estar sempre voltadas para uma interpretação constitucional das normas vigentes. A busca pela verdade ganha grande relevo dentro desse contexto, isso porque, a reconstrução dos fatos de forma coesa permite maior abrangência do caso e conseqüente decisão justa.

É nesse contexto que se entende a necessidade de – para a construção de um procedimento probatório adequado – ampliar a possibilidade das partes em realizar a produção de provas. É preciso, que os formalismos do processo não impeçam a efetiva participação das partes no debate e não obstaculizem a possibilidade de uma tutela jurisdicional plena.

A partir disso, o enfoque do presente trabalho é no sentido de analisar a inserção da teoria da dinamização do ônus da prova no novo Código de Processo Civil - sem a pretensão, por razões óbvias, de esgotar os incontáveis contornos que ela pode vir a receber - onde, quando se mostrar impossível a produção de prova no caso concreto pela parte inicialmente onerada pela regra geral, se possa realizar a redistribuição do encargo focando em uma formação adequada do juízo de fato.

A teoria da carga dinâmica tem aplicação quando o regramento legal é insuficiente ou inadequado devendo ser complementado ou afastado. A repartição do ônus da prova ocorre mediante juízo de discricionariedade do magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e as máximas de experiência, em se verificando maior facilidade de produção da prova por uma parte em contrapartida à maior dificuldade pela outra. A dinamização, em virtude de se adaptar ao caso concreto, pode apresentar soluções mais justas, tendo em vista a flexibilização da regra geral.

Por fim, entende-se que a técnica da distribuição dinâmica se apresenta como promissor instrumento para proporcionar a efetiva funcionalidade da tutela jurisdicional, trazendo consigo a necessidade de colaboração entre os sujeitos processuais e a concretização de um contraditório forte.

## 1. PROVA

### 1.1. Aspectos essenciais:

#### 1.1.1. Conceito:

Em um ângulo voltado para o ramo jurídico, De Plácido e Silva<sup>1</sup> ensina que a palavra *prova* surge do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, formar 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.

De outra banda, para Moacyr Santos<sup>2</sup>, existem três acepções com que o vocábulo “prova” é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Nesse sentido, tem-se a prova como fator essencial, na medida em que a partir da colocação do homem como ser social e, por consequência sua convivência em sociedade, há grande probabilidade de formação de conflitos, os quais poderão ser solucionados mediante ajuizamento de uma demanda judicial (a qual busca resolver conflitos, primando pela busca da justiça). A partir do momento em que se faz a escolha pela intervenção do Poder Judiciário nos fatos da vida, surge, em regra, para aquele que postula e também para aquele que se faz postulado, o dever de provar o que alega. A prova forma, assim, a alma do processo, considerando seu poder de clarear as dúvidas existentes em relação aos fatos narrados.

Não se pode olvidar - e importante se faz registrar- que a prova é direito positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como, por

---

<sup>1</sup> Silva, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 601.

<sup>2</sup> Amaral, Moacyr Santos. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. São Paulo: Max Limonad, s/a, v.1, p.3/4.

exemplo, em seu art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os *meios* e recursos a ela inerentes”. Fazendo-se presente, igualmente, no inciso LVI do mesmo dispositivo, em que resta observado que “são inadmissíveis, no processo as *provas* obtidas por meios ilícitos”. Ou seja, às partes é assegurado o direito de defender-se provando os fatos alegados, ficando, assim, claro que o direito a produção de provas é garantia constitucional. Logicamente, o direito constitucional à prova não tem seu esgotamento nos incisos suso mencionados, estando presente, também, de forma implícita, em outras disposições da Constituição, tais como os incisos XXXV e LIV do art. 5º.

De outra parte, há de se salientar, ainda, que quando da postulação ou defesa em juízo, as partes poderão levantar questões apenas de norma jurídica (de direito) ou questões de fato, ou ambas em conjunto. Caso as partes arguam apenas questões de direito, a necessidade de se provar pode vir a ficar em segundo plano, pois, em geral, são casos que se esgotam com a simples interpretação da lei, princípios, súmulas, etc. e, o juiz as deve conhecer, sem a necessidade de um leque probatório. Por outro lado, caso as partes venham a alegar questões que envolvam fatos cotidianos (questões de fato), poderá ser necessário que os provem, isso porque, o juiz precisará formar um “juízo de convicção”, para que lhe seja permitido decidir da forma mais justa<sup>3</sup>.

De acordo com o asseverado por João Batista Lopes é possível estudar a prova sob dois aspectos diversos: o objetivo e o subjetivo. Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo<sup>4</sup>.

E sobre o mesmo aspecto:

---

<sup>3</sup> No mesmo sentido, João Batista Lopes: “A pretensão deduzida pelo autor na petição inicial e a defesa do réu, apresentada na contestação, podem estar assentadas em fatos e em normas jurídicas ou somente em fatos ou, ainda, somente em normas jurídicas. Se as questões suscitadas pelas partes forem exclusivamente de direito (v.g. interpretação da lei, aplicação de súmulas, princípios gerais de direito etc.), caberá ao juiz resolvê-las logo após a fase postulatória, sem maiores delongas. Diversamente, se as questões discutidas nos autos estiverem escoradas em fatos (isto é, acontecimentos da vida de que decorrem consequências jurídicas), poderá ser necessário demonstrar-lhes a existência, quando negada. Tem-se, pois, que as questões de direito não exigem demonstração, porque o juiz tem o dever de conhecê-las (*iura novit curia*). E quanto às questões de fato, poderá haver necessidade de demonstrá-las, porque o juiz, para decidir, terá de buscar a verdade (ou, ao menos, a verossimilhança, como quer parte da doutrina)”. Lopes, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 25.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 26.

“Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num *sentido objetivo*. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que está usando aí o termo prova num *sentido subjetivo*”<sup>5</sup>.

“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”<sup>6</sup>.

A prova objetiva produzida de modo pleno facilita a formação da prova subjetiva, fazendo com que a finalidade do direito seja atingida, qual seja a busca pela verdade e a realização de justiça.

Tem, portanto, a prova papel vestibular nas demandas em que as alegações/fatos narrados na inicial não são suficientemente fortes para uma análise justa da demanda, ou seja, as provas fortalecem o processo, fazendo com que o juízo se sinta mais seguro e confortável para proferir uma decisão adequada.

A prova é o meio pelo qual as partes podem se utilizar para o convencimento do estado-juiz sobre determinados fatos controvertidos. Além disso, podem simplesmente a fazer para fortalecer os fatos alegados, tonificando seus argumentos.

Os atos probatórios desenham o processo judicial. Através deles e por conta deles a demanda poderá sofrer alterações inesperadas, conduzindo a “ação” de acordo com as perspectivas abarcadas. De forma análoga, a prova pode ser a “jogada” que mudará ou não a visão do julgador sobre o “jogo”.

As provas são, destarte, elementos que podem definir o processo, ou, no mínimo, trazer mais segurança para que o julgador possa de uma melhor forma fundamentar sua decisão e por estas razões a importância e relevância de se construir um material probatório de forma cautelosa.

---

<sup>5</sup> Junior, Fredie Didier; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil**, v.2. 9ª edição – Bahia: Editora JusPodivm, 2014, p. 16.

<sup>6</sup> Silva, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**; atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 601.

### 1.1.2. Finalidade:

Fredie Didier Jr., Paulo Braga e Rafael Oliveira<sup>7</sup> entendem que há basicamente três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão.

A primeira teoria a respeito do estabelecimento da verdade fica um tanto quanto prejudicada, pois, apesar de a verdade ser uma busca constante do ser humano, sabe-se que a “verdade real” é fator impossível de se atingir, ou de se achar que foi atingida. Ou seja, aquilo que realmente aconteceu é algo difícil de ser alcançado, pois, apenas poderá se ter certeza das alegações que foram feitas e, essas sim, poderão ser adjetivadas como falsas ou verdadeiras.

A segunda teoria se vincula ao fato de que as provas servirão para, ao menos, demonstrar os fatos alegados pelas partes, pois se tem como superada a circunstancia de que a verdade real seria atingida. Aqui, a ideia é de uma verdade formal, ou seja, aquela que resulta do processo.

A terceira e última teoria entende que a prova tem como serventia formar o convencimento do juiz acerca dos fatos narrados; porém, antes de atingir o convencimento do magistrado, a prova se presta para o convencimento da própria parte e do procurador que a produz, pois, só assim, convencidos de que tem em suas mãos uma prova “forte”, as teorias e alegações feitas ganharão força para aí então estar apta a formar um convencimento do juízo<sup>8</sup>.

Ensinam-nos Marinoni e Arenhart<sup>9</sup> que a prova assume um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito.

Acrescenta, ainda, que a função da prova é permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz de sua validade, diante da sua impugnação por outro sujeito do diálogo. É por essa razão que somente os fatos (*rectius*, as afirmações de fato) controvertidos são objeto de prova; as afirmações

---

<sup>7</sup> Junior, Fredie Didier; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandre de. Op. cit., p. 72.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>9</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. **Prova**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 53/55.

de fato sobre as quais não se levanta (por nenhum dos sujeitos do processo) qualquer dúvida são incontroversas e, portanto, estão fora da investigação processual (arts. 302 e 334, CPC, com a ressalva de que, ao contrário do que diz o último dispositivo, não são os fatos que são incontroversos, mas sim as afirmações feitas sobre eles).

Afirma, também, que dirige-se a prova (ao menos no processo) à argumentação exclusivamente relacionada às afirmações *de fato*, formuladas no interior da relação processual – de regra, na petição inicial e na resposta do réu, já que esses são os momentos próprios para a exposição das afirmações/proposições (e pretensões ou exceções) pelas partes.

De acordo com Arenhart<sup>10</sup>, a função da prova é prestar-se como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção do órgão estatal.

Complementa, afirmando que a prova, em direito, processual, então, assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Assim, tem-se que o papel da prova, antes mesmo de adentrar no processo, é de suma importância nas escolhas das partes, pois - dependendo do tipo, da força e da relevância da prova - a parte poderá decidir o melhor caminho, as teorias, alegações e argumentos que irá utilizar para dar credibilidade às suas alegações, e, mais uma vez, a prova se mostra como vetor importante no deslinde da causa.

#### **1.1.4. Classificação da prova**

João Batista Lopes<sup>11</sup>, utilizando-se dos conhecimentos de Moacyr Amaral Santos, analisa a classificação das provas através da classificação de Malatista, baseado em três critérios: objeto, sujeito e forma da prova.

Quanto ao objeto a prova pode ser direta (se refere ao próprio fato probando) ou indireta (se refere a fato diverso do que se pretende demonstrar, mas que, por meio de uma operação mental, permite chegar ao fato objeto da prova).

---

<sup>10</sup> Arenhart, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)  
Visto em: 06/08/2014.

<sup>11</sup> Lopes, João Batista. Op. Cit., p. 36/37.

Em relação ao sujeito<sup>12</sup> pode ser: pessoal (é a prova consistente em declaração ou afirmação sobre a veracidade de um fato) ou real (consiste no próprio fato e suas circunstâncias).

Quanto à forma a prova pode ser: oral (por exemplo, depoimentos, esclarecimento do perito, etc), escrita (documentos, perícia), material (para indicar os elementos ou qualidades da própria coisa – ex.: corpo de delito).

Para Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira<sup>13</sup>, há, ainda, a classificação quanto à preparação da prova, que pode ser: causais ou simples (provas preparadas no curso da demanda), pré-constituídas (provas preparadas previamente) e composta (a que resulta da concordância, entre si, de muitos meios de prova, os quais cada um é insuficiente para demonstrar o alegado).

## 1.2. Ônus da prova

Inicialmente, importante estabelecer a definição do que seja “ônus”; segundo definição encontrada no dicionário<sup>14</sup>, ônus significa carga, peso, encargo, responsabilidade. Assim, começa-se a perceber que ônus – em acepção jurídica – da prova se distancia de uma percepção inicial, qual seja, uma “obrigação” da parte em provar algo. A bem da verdade, o ônus de provar é uma responsabilidade da parte para dar “vida” aos fatos narrados/alegados e, caso se pense nela como uma obrigação, seria uma obrigação consigo, pois o maior interesse em ver a efetividade da demanda é da própria parte.

A despeito do Código de Processo Civil “direcionar” a quem incumbe fazer determinada prova (art. 333, CPC), isso serve apenas como uma diretriz para a parte, considerando que ela não está compelida a fazer, apenas, caso não a faça, correrá o risco de deixar de ver sua tutela ser promovida de forma adequada e efetiva.

Segundo João Batista Lopes<sup>15</sup>, entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro alheio.

Sobre o mesmo tema, Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira<sup>16</sup> pontuaram que, ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa

---

<sup>12</sup> Para Fredie Didier Jr; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandre de. Essa classificação ganha nome diverso, qual seja, “fontes de prova”. Op. Cit., p. 67.

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> SCOTTINI, Alfredo. Dicionário escolar da língua portuguesa/ compilado por Alfredo Scottini – Blumenau: Edições TodoLivro, 1998, p. 325.

<sup>15</sup> Lopes, João Batista. Op. Cit., p. 38.

situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir de uma inobservância.

Nesse sentido, a doutrina costuma repartir/classificar o ônus da prova em subjetivo e objetivo. Ou, ainda, como regra de instrução e regra de julgamento.

Isto é, o ônus da prova, e, um primeiro momento é dirigido às partes, elas quem decidirão e serão responsáveis pelas provas de suas alegações, a fim de construir um sólido juízo de fato. De acordo com Marinoni e Mitidiero<sup>17</sup>, como regra de instrução o ônus da prova visa estimular as partes a bem desempenhar os seus encargos probatórios e adverti-las dos riscos inerentes à ausência de prova de suas alegações.

De outra parte, o ônus pode ser visto por uma perspectiva objetiva (como uma regra de julgamento), isto é, um mandamento voltado para o juízo que irá julgar, isso decorre da insuficiência de provas nos autos, permitindo, assim, ao juízo que indique qual das partes suportará o ônus da prova.

Assim, o ônus da prova segue uma bipartição de finalidade, pois serve para orientar tanto as partes quanto o próprio órgão julgador.

A doutrina ainda chama atenção para o fato de que as alegações provadas, não trazem consigo a relevância de quem as provou, o importante é que se fazem presente e servirão para orientar e embasar o julgamento. Alertam, porém, que eventual ausência da prova, poderá fazer com que o ônus objetivo se influencie pelo subjetivo, ou seja, poderá haver uma influencia no julgamento do magistrado

A partir das considerações feitas, depreende-se que esta distribuição do ônus da prova dá um norte ao andamento do feito e, se mostra efetiva em alguns casos; porém, em determinados eventos, pode ser que não seja possível para aquele que está incumbido de provar que produza a prova de maneira adequada. Assim, abre-se discussão sobre a possibilidade de uma distribuição diversa da estabelecida.

---

<sup>16</sup> Fredie Didier Jr; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandre de. Essa classificação ganha nome diverso, qual seja, “fontes de prova”. Op. Cit., p. 75.

<sup>17</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. - - 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 335.

### **1.3. A distribuição estática do ônus da prova adotada no direito processual civil brasileiro: art. 333, CPC:**

O legislador brasileiro, ao elaborar o Código de Processo Civil, reservou um capítulo especialmente para tratar sobre as provas no sistema processual.

Adotando as teorias sobre ônus da prova de Chiovenda e Betti, o legislador redigiu o artigo 333 do Código de Processo Civil<sup>18</sup>.

Assim, têm-se clara a intenção de uma distribuição fixa/estática do ônus *probandi*, deste modo, o legislador determinou de forma abstrata quem possui o encargo probatório, auferindo de maneira prévia o encargo, sem sequer analisar as particularidades do caso concreto.

Conforme se depreende dos incisos do artigo suso mencionado, são considerados três fatores para a distribuição do ônus da prova: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extinto, impeditivo ou modificado do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333, CPC)<sup>19</sup>.

Nesse sentido, tem-se como *fato constitutivo*, o fato que remonta o direito postulado pelo autor, ou seja, é o fato que dá origem/constitui a lide. Para Fredie Didier Jr., Paulo Braga e Alexandre Oliveira<sup>20</sup>, com base nos ensinamentos de Chiovenda, é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular.

Então, ao autor caberá provar os fatos que lhe serviram de base para as alegações e o fizeram ajuizar a demanda, nada mais é do que demonstrar em juízo sua pretensão e o que determinou sua existência.

O *fato impeditivo* se revela como o fato que obsta o exercício de um direito ao ponto que não se permita que seja emanado qualquer efeito em relação ao fato constitutivo. Por exemplo, a incapacidade para a prática de determinado negócio, surge como um fato que impede a realização do fato que supostamente constituiria o direito.

---

<sup>18</sup>VICENTINI, Fernando Luiz. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>. Visto em: 25/07/2014.

<sup>19</sup> Fredie Didier Jr; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandre de. Essa classificação ganha nome diverso, qual seja, “fontes de prova”. Op. Cit., p. 79.

<sup>20</sup> *Ib.*

Já os *atos modificativos* são aqueles trazidos na defesa que acarretam mudanças na narrativa/alegação do autor, isto é, o pedido do suplicante não poderá ser acolhido integralmente, pois, os fatos ocorreram de forma diversa da relatada. O exemplo mais utilizado pela doutrina para ilustrar o fato modificativo é a moratória concedida ao devedor.

Por fim, o *fato extintivo* é aquele trazido pelo réu, no intuito de por fim ao pedido do autor.

Marinoni e Arenhart<sup>21</sup> trazem uma didática interessante a bem de fixar o tema: “se o autor pede o pagamento da dívida e o réu alega que ela foi parcelada, somente podendo ser exigida em parte, o fato é modificativo; se o réu alega o pagamento, o fato é extintivo; se o réu afirma a exceção do contrato não cumprido, o fato é impeditivo”.

A distribuição do ônus da prova é, em certo ponto, essencial para uma organização do processo a fim de que haja uma lógica nas atribuições das partes; contudo, há de atentar para as ocorrências além do plano processual, é preciso perceber a ocasião e os fatos em uma visão no plano do direito material, isto é, como os fatos ganharam vida, a peculiaridade vivenciada. E é por isso que se criaram situações, como a inversão do ônus da prova, distribuição dinâmica do ônus da prova, pois houve a percepção de que nem sempre será possível aplicar ao caso concreto o art. 333, CPC, sendo, assim, oportunizado ao juízo que, justificando sua intenção, entenda o caso de forma particularizada e dê tratamento diferenciado ao ônus da prova.

#### **1.4. Inversão do ônus da prova:**

De acordo com a doutrina, a inversão do ônus da prova pode ser dividida em duas normas: inversão legal (*ope legis*) e inversão judicial (*ope iudicis*).

A inversão legal é aquela prevista em lei, isto é, baseada em princípios anteriores a constatação fática, como, por exemplo, normatiza o art. 38, CDC<sup>22</sup>. Aqui, a parte que alegou o fato está dispensada de prova-lo, porém, haverá a inversão prevista em lei e a parte contrária terá de fazer a prova.

---

<sup>21</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. **Prova**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Op. Cit, p. 70.

<sup>22</sup> Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Já a inversão judicial se dá a critério do magistrado, principalmente nas questões que envolvam relações consumeristas (artigo 6º, VIII, CDC<sup>23</sup>).

Para o autor, ainda, a previsão da inversão do 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.

A grande discussão doutrinária que paira no que tange a inversão do ônus da prova é sobre o momento da aplicação desse instituto; onde parte da doutrina defende ser uma norma de instrução e parte entende como sendo uma norma de julgamento.

Os que entendem como regra de julgamento, como o doutrinador João Batista Lopes, afirmam que somente em sede de sentença é que deveria ser aplicada a inversão do ônus da prova. Nesse sentido:

Entretanto, é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente. Diante disso, somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal.<sup>24</sup>

A doutrina que entende a inversão como regra instrutória, como Fredie Didier, Marinoni, Mitidiero, afirmam que a inversão deve se dar antes da sentença, ou seja, na fase de saneamento do processo, pois, caso seja o ônus invertido somente na sentença, não haveria oportunidade para o exercício do contraditório bem como para que haja tempo hábil para o onerado se desvincular do encargo probatório, sendo-lhe, assim, vedado o direito a prova.

“Uma coisa é a regra que se inverte (a regra do ônus),  
outra é a regra que inverte (a da inversão do ônus)”.<sup>25</sup>

Tem-se, assim, que a inversão do ônus da prova é uma importante técnica que visa, ainda que de forma tímida, o direito material, os fatos ocorridos em realidade. Busca dar ao processo uma forma diversa da “distribuição fixa” prevista *a priori* no CPC.

---

<sup>23</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

<sup>24</sup> Lopes, João Batista. Op. Cit., p. 51.

<sup>25</sup> Fredie Didier Jr; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandre de. Essa classificação ganha nome diverso, qual seja, “fontes de prova”. Op. Cit., p. 83.

### 1.5. Convenção sobre o ônus da prova:

De acordo com o parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil, a regra de distribuição do ônus da prova, poderá, dentro dos limites ali estabelecidos, ser livremente convencionada pelas partes. Assim, as partes poderão negociar sobre quem recairá o ônus da prova tanto de forma extrajudicial (quando, por exemplo, da perfectibilização de um contrato as partes previamente estipulam quem deverá provar tal fato, caso seja necessário) bem como de forma judicial, isto é, no decorrer da demanda as partes de comum acordo convencionam.

Há de ressaltar, que tal convenção não poderá recair sobre: a) direitos indisponíveis; b) quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Sobre o tema, Mitidiero e Marinoni explicam<sup>26</sup>:

O ônus da prova pode ser distribuído, a princípio livremente pelas partes. Em outras palavras, as partes podem livremente convencionar sobre o ônus da prova, sem que isso viole a ordem jurídica. Desse modo, nada impede que as partes convencionem desde logo, no plano do direito material, que, caso venha a ocorrer qualquer litígio relativo a contrato, a prova de determinado fato deva ser produzida por este ou aquele contratante. Da mesma forma, se já existe o conflito, ou mesmo se ele já foi levado ao Judiciário, podem as partes estabelecer, de comum acordo, que determinado fato deva ser provado por essa ou aquela parte. Tal convenção é vedada apenas em duas hipóteses: quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Referidas proibições podem ser facilmente explicadas. Se fosse viável estabelecer que o titular de um direito indisponível tem o ônus de produzir uma prova, que a princípio não lhe cabe, poder-se-ia camuflar a disposição de um direito que, em nossa ordem jurídica, é indisponível. Por outro lado, distribuir uma prova e tornar excessivamente difícil o exercício de um direito, ainda que esse direito seja disponível, é o mesmo que negar o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Verifica-se, nesse sentido, que a convenção sobre o ônus da prova, dentro dos limites estabelecidos, poderá ser convencionada entre as partes, ou seja, de acordo com a maior facilidade de uma e maior dificuldade da outra, poderão as partes de forma colaborativa com o processo direcionar os encargos probatórios de forma diversa do estaticamente estabelecido pelo ordenamento jurídico.

---

<sup>26</sup> Marinoni, Luiz Guilherme. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. Op. Cit, p. 336/337.

## 2. DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

### 2.1. Conceito e características

Em que pese, conforme já visto em itens anteriores, a regra prevista no CPC vigente seja uma norma estática do *ônus probandi*, algumas teorias surgem para auxiliar na melhora do sistema e, com isso, uma significativa mudança na interpretação e visão do processo como um todo, fazendo prevalecer a justiça nas decisões.

Ao se deparar com as situações concretas apresentadas nas demandas judiciais, restam clarividentes as dificuldades de se fazer determinadas provas aplicando a regra prevista no código (art. 333, CPC), surge, então, com a jurisprudência e doutrina argentina a conhecida “teoría de las cargas probatorias dinámicas/ solidariedade de la prueba/ prueba compartida” com o intuito de que haja flexibilização na distribuição do ônus de provar, fazendo com que o encargo recaia, sobretudo, sobre a parte que apresentar melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para se desonerar do ônus, o que independe da posição da parte ou da natureza do fato probando.

A teoria dá maior importância a realidade do processo, ao caso concreto em si, desimportando a posição da parte ou a espécie do fato.

De acordo com Antônio Janyr Dall’Agnol Junior<sup>27</sup>:

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, (a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; (b) ignorável é a posição da parte no processo; (c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim, (a) o caso em sua concretude e (b) a “natureza” do fato a provar, imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-la”.

Segundo Roland Arazi<sup>28</sup>:

“É importante que o juiz valore as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando quem se encontrava em melhores condições para comprovar o fato controvertido, assim como as razões pelas quais quem tinha o ônus de provar não produziu prova.”

Mais adiante, Arazi afirma que a teoria assim ficou conhecida “por sua mobilidade para adaptar-se aos casos particulares, a fim de opô-la a uma ideia estática igual para todos os supostos sem atender às circunstâncias especiais”<sup>29</sup>.

Interessante se faz observar que a teoria surge, conforme ensinamento de Jorge Peyrano<sup>30</sup>, a fim de mitigar a tarefa de o paciente de produzir a prova da conduta

<sup>27</sup> JUNIOR, Antônio Janyr Dall’Agnol **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17459-17460-1-PB.pdf>. Visto em: 20/04/2015.

<sup>28</sup> ARAZI, Roland. **La prueba em el Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998, p. 106.

<sup>29</sup> Id.

culposa dos médicos intervenientes, em casos de responsabilidade civil subjetiva. Segundo as regras, este encargo recairia sobre a vítima que, além de se encontrar anestesiada durante o procedimento ao qual estaria acometida, não teria conhecimento técnico específico para demonstrar de forma profissional a desconformidade da conduta médica.

A teoria toma forma para o fim de equilibrar a relação e a situação de desigualdade entre os litigantes/partes do processo.

Consoante ensina Maria Airasca<sup>31</sup>, a teoria está fundada no dever das partes de se conduzirem com lealdade, probidade e boa-fé no processo, no dever de colaboração na elucidação dos focos controvertidos e no dever de cooperação com o órgão jurisdicional, para que este possa proferir uma sentença verdadeira justa.

Assim, considerando o propósito do processo e sua busca por decisões justas, adequadas e cabíveis, deve-se ter em mente que a teoria da dinamização do ônus da prova surge para agregar valor ao procedimento, em momento algum referida técnica substitui a regra geral do ônus da prova, apenas serve para dar melhor solução a casos que teriam decisões e resultados manifestamente inócuos.

Nesse sentido leciona Peyrano<sup>32</sup>:

Por fim, se vuelve a subrayar la calidad por ahora, al menos – de la doctrina “de excepción” que debe reconocerse a lar de las cargas probatorias dinámicas pensada por y para dar adecuada solución a causas que, de lo contrario, recibirían respuestas jurisdiccionales inequívocamente inicuas. Que entonces, no se interprete mal. De lo que trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre em pie de igualdad con los parametros legalmente regulados sino de formular una pauta “excepcional” que solo puede funcionar allé donde aquillas manifestamente operar mal porque fuera elaboradas para supuestos “normales y consientes” que no son los correspondientes al caso.

A teoria vem ganhando força, inclusive em julgados brasileiros – o que tomará proporções maiores com a inclusão do art. 373 do Novo CPC -, tendo como tendência a inclinação para a ponderação do caso concreto e da busca constante pela decisão equitativa bem como da colaboração de todas as partes atuantes no processo.

---

<sup>30</sup> PEYRANO, Jorge W. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: PEYRANO, Jorge W.; White, Inés Lépori (org.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004. P. 12.

<sup>31</sup> AIRASCA, Ivana Maria. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas**. In: PEYRANO, JORGE W. (director); White, Inés Lépori (Coordinadora). *Cargas probatorias dinámicas*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

<sup>32</sup> PEYRANO, Jorge W. **Nuevos liniamentos de las cargas probatorias dinámicas**. In: Peyrano, Jorge W. (director); White, Inés Lépori (coordinadora). *Cargas probatorias dinámicas*. 1ª Ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008., p. 19.

## 2.2. Bases constitucionais da dinamização

A previsibilidade de direitos e deveres em lei, que gera aos litigantes a devida segurança jurídica e determina os limites de atuação dos órgãos judiciais é de extrema importância para que o processo flua de forma coerente e não acarrete surpresas inesperadas aos que ingressam na justiça<sup>33</sup>.

Assim, em que pese a lei dite a distribuição do ônus da prova, em seu artigo 333, Código de Processo Civil, a técnica da dinamização visa relativizar a regra prevista, com a ressalva de que será aplicada excepcionalmente<sup>34</sup>.

A técnica da distribuição do ônus da prova está amparada pela Constituição – art. 5º, XXXV, LIV, LV e LVI – ligado principalmente ao efeito fundamental ao processo justo, salientando-se que somente será utilizado caso tal direito não esteja sendo observado<sup>35</sup>.

Além do mais, de acordo com o art. 93, IX, Constituição Federal, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, o que somente ocorrerá caso o juiz esteja, de certa forma, amparado por todas as provas possíveis e que, ainda, estejam ao alcance de alguma das partes, sendo, assim, a norma processual aplicada de forma correta.

De outra parte, também acerca dessa norma constitucional deve o magistrado fundamentar de forma contundente as razões que o levaram a dinamizar o ônus da prova, sob pena de gerar um vício processual, caso proceda de forma diversa, acarretado verdadeiro prejuízo ao andamento da demanda<sup>36</sup>.

Os direitos fundamentais de igualdade e direito à prova estão, também, intimamente ligados com a teoria em questão, isso porque as partes tem o direito de participarem da formação do provimento jurisdicional, no caso, fornecendo ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência dos fatos controversos, tonando, assim, a possibilidade de criação das condições necessárias para uma existência digna do processo com a participação democrática e útil na construção da decisão justa, sendo, ainda, observada a necessidade de paridade de armas, ou seja, a distribuição justa do encargo probatório – que é possível com a distribuição dinâmica do ônus probatório.

---

<sup>33</sup> CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova.**/ Artur Carpes. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 128.

<sup>34</sup> *Ibdi*, p. 129.

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Ibdi*, p. 130.

Resta, assim, evidente a conformação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova com a Constituição Federal e também com a atual proposta dada a dinâmica processual civil.

### 2.3. O momento para a dinamização do ônus probatório

O tema parece ser um dos entraves da técnica aqui abordada. Isso porque, inexistente na doutrina e jurisprudência – ao menos até o presente momento – um consenso acerca do momento em que se deve aplicar tal teoria.

Há três correntes do momento em que se deve proceder a dinamização: (i) a decisão relativa a distribuição dinâmica deve se dar no momento da sentença; (ii) a decisão deve ser na fase postulatória, logo após recebida a inicial; (iii) a distribuição do ônus probatório deve ser feito na fase de saneamento do processo<sup>37</sup>.

Tal questão tem fundamento na larga discussão existente sobre as funções do ônus da prova no processo civil – subjetivo, leva em consideração a regra de conduta para as partes ou objetivo apenas regra de julgamento para o juiz.

É importante que se tenha clara, inicialmente e em que pese as correntes existentes, que a decisão acerca da dinamização do ônus da prova deve ser sempre motivada<sup>38</sup>.

De acordo com o entendimento de Artur Carpes<sup>39</sup>:

Por outro lado, a decisão acerca da dinamização ou da “inversão” dos ônus probatórios prescinde de requerimento das partes para ser operado. O juiz, evidenciando a inconstitucionalidade da distribuição positivada na lei, deve proceder na conformação da disposição à Constituição, deslocando o ônus da prova relativo a determinada (a) circunstância (s) de fato de uma parte a outra a fim de garantir a observância do direito fundamental ao acesso ao processo justo. Seus corolários – igualdade e direito à prova – constituem questões de ordem pública, eis que se ligam diretamente à finalidade principal do processo, que é promover o alcance da justiça. Assim mesmo na decência de requerimento das partes, uma vez flagrada a inconstitucionalidade da distribuição do art. 333 do CPC, constitui verdadeiro dever do juiz determinar, isto é, até mesmo de ofício, a dinamização do ônus probatórios, com o fito de possibilitar o cumprimento da sua missão constitucional.

Para aqueles que afirmam ser o momento mais propício o da sentença, se embasam no fato de que as regras de distribuição são regras de juízo e orientam o juiz quando da existência de um *non liquet* em matéria de fato, não deverá o juiz antecipar a

---

<sup>37</sup> *Ibdi*, p. 137

<sup>38</sup> *Ibdi*, p. 133

<sup>39</sup> *Idi*.

decisão para uma fase de cognição sumária e superficial dando às ao ônus objetivo da prova<sup>40</sup>.

Já para aqueles que dão maior importância ao ônus subjetivo da prova, o magistrado deverá se pronunciar logo na abertura da fase instrutória, fazendo com que os litigantes fiquem cientes de seus encargos bem como dos riscos advindos, caso não possam suportá-los.

De acordo com Danilo Knijnik<sup>41</sup>:

“Caso dinamizado o ônus da prova após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova complementar ou não, ter-se-ia situação de ofensa ao princípio do contraditório”.

Para Artur Carpes<sup>42</sup>:

Em ocorrendo a dinamização dos ônus probatórios na sentença, as partes – especialmente aquela que é “presenteada” com o ônus – é surpreendida por gravame processual do qual não terá mais a oportunidade para se desincumbir. Fere-se, de manifesto, o direito fundamental ao contraditório, na medida em que a participação para a construção da decisão judicial restará prejudicada, diante da impossibilidade de cumprir com o ônus probatório posteriormente ao encerramento da instrução. A sentença assim plasmada carece, portanto, de legitimidade.

Assim, não obstante a existência de entendimentos diversos sobre o tema, considerando o atual estado democrático de direito, a decisão acerca da modificação do ônus probatório deve ser proferida antes de se colherem as provas, o que se faz para evitar vícios e cumprir com o direito fundamental ao contraditório<sup>43</sup>.

É necessário se ter em mente que a decisão antecipada sobre a dinamização do ônus da prova, além de evitar vícios, faz com que haja uma maior riqueza na colheita da prova, primando por um processo justo e encaminhando para uma decisão mais próxima da verdade. Vê-se, assim, que para muito além do princípio fundamental ao contraditório, privilegia-se a cooperação entre as partes, enriquecendo de forma importante o convencimento judicial.

Para Artur Carpes<sup>44</sup>:

A pretérita delimitação dos respectivos encargos convoca as partes, portanto, a depositarem todas as suas forças em prol de evitar a incidência da “regra de juízo”; ou seja, a faceta nefasta do ônus da prova. Se o processo cumpre sua finalidade quando faz justiça e se a justiça encontra-se intimamente ligada à aproximação da verdade quanto aos fatos, somente se alcançará a verdadeira

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 81-83.

<sup>41</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e tributário**. Rio de Janeiro: editora forense – 2007, p. 102.

<sup>42</sup> CARPES, Artur., Op. Cit., p. 136

<sup>43</sup> Ibd., p. 137.

<sup>44</sup> Ibd., p. 138.

justiça evitando-se a formalização do juízo. Tudo leva a crer, portanto, que o estímulo a produção probatória, mediante a eficaz e tempestiva repartição do ônus da prova, é o que proporciona resultado mais ajustados aos desígnios de justiça.

Sob um viés prático, caso o processo se encontre concluso para uma eventual sentença e se entenda necessário a perfectibilização de um melhor material probatório, poderá o juiz converter o julgamento em diligência, advertindo as partes sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova e conferindo prazo razoável para produção de provas.

Assim, o momento adequado para a dinamização do ônus da prova é evidentemente aquele que priorize o contraditório e não prejudique nenhuma das partes, fazendo com que as mesmas participem ativamente do processo, sem que sejam surpreendidas com um gravame que se torne impossível se desincumbir. Deve haver colaboração entre os sujeitos do processo com o intuito de se buscar saber a verdade e contribuir para que as decisões sejam o mais justas possível.

### **3. O NOVO CPC E A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

#### **3.1. Formalismo-valorativo: contraditório forte e dever de colaboração**

O formalismo valorativo propõe “uma releitura do próprio processo da sua estrutura interna, organização, conformação e funcionamento – à luz de uma visão axiológica e do seu inegável caráter de fenômeno cultural<sup>45</sup>”. Assim, inegável a estreita ligação do direito com o fenômeno cultural mutável da sociedade; para uma perfeita harmonia de decisões, o processo deve evoluir em conjunto com a sociedade.

Através do formalismo-valorativo o direito constitucional se torna relevante, sendo reconhecido o papel de normas principais do processo civil tanto aos direitos fundamentais quanto as garantias constitucionais.

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>46</sup>:

A atual fase do processo passa pela progressiva humanização do processo; pela aproximação do juiz à realização da prova e ao contato direto com as partes; pela derrocada do formalismo excessivo, aumentando os poderes do juiz, sem esquecer os das partes, em busca de permanente diálogo e colaboração; pela eliminação do primado da forma e maior atenção aos fins sociais e políticos do processo.

---

<sup>45</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 14.

Para Mitidiero e Alvaro de Oliveira<sup>47</sup> o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores-justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança – base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.

O processo passa a ter uma preocupação não só com a realização do direito material, mas também com uma decisão que seja realmente efetiva e eivada de critérios que se aproximem da realidade e faça justiça ao caso concreto.

Segundo Mitidiero e Alvaro de Oliveira<sup>48</sup> o papel do formalismo-valorativo dentro do processo civil é um postulado normativo para (a) interpretação de normas processuais e (b) para solução de eventuais colisões normativas.

A fim de que haja a concretização do formalismo-valorativo, tem-se como fundamental a adoção efetiva de um contraditório forte.

Acerca do tema Daniel Mitidiero<sup>49</sup> afirma que o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do dialogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio).

O contraditório assume papel essencial no atual modelo de processo civil, eis que permite o diálogo entre todos os participantes do processo, fazendo com que haja debate sólido e se chegue, assim, a uma decisão mais próxima possível da verdade dos fatos, atingindo de forma eficaz os principais objetivos do processo. As partes do processo devem ter a possibilidade de uma participação paritária, com igualdade de armas, fazendo com que a justiça seja realizada.

O processo passa a ser um procedimento em contraditório, onde a dialética ganha forma, pois a presença ativa de todas as partes do processo é essencial; ou seja, a nenhuma das partes é permitido esboçar ações sem que haja o controle pelos sujeitos à quem se alcança do contraditório.

---

<sup>47</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil.** / Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero – 2 ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 07.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 08.

<sup>49</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 – pg. 114.

De acordo com interessante colocação de Renzo Cavani<sup>50</sup>:

Contraposto à noção de contraditório fraco encontra-se o contraditório em sentido forte. Já não se trata apenas de um direito de conhecer e reagir, mas principalmente de um verdadeiro direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão que, como ato de poder do Estado, será suportada pelas partes. O contraditório já não pode ser entendido apenas como a caracterização da essência do processo. Se é bem verdade que esse enquadramento é absolutamente correto, o contraditório não pode se esgotar nessa dimensão, mas, na realidade, deve ser visto como valor-fonte do próprio processo, capaz de promover o exercício de uma democracia para a busca da verdade no processo.

Assim, contemplado o contraditório como um autêntico direito fundamental processual, cujo núcleo duro está composto pela cabal participação dos seus destinatários (juiz e partes) no processo, habilitados, dessa maneira, a influir no seu desenvolvimento e resolução, fica claro que o contraditório jamais pode ser excluído da estruturação do processo. Isso não quer dizer que não possam se empregar técnicas distintas para efetivar o contraditório, que deverão ser estruturadas e aplicadas segundo as exigências de outros direitos fundamentais processuais, como o direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. De tal sorte, o contraditório pode ser prévio, diferido ou eventual, mas jamais pode ser banido.

Tem-se que diante do atual Estado Constitucional, as partes tenham ciência de todos os “movimentos” do processo bem como argumentos levados ao processo, a fim de que seja efetivado o direito fundamental ao contraditório e, também, para que o juiz se cerque da maioria de conhecimento possível acerca da situação, a fim de que as decisões cheguem o mais próximo possível da realidade dos fatos, evitando decisões surpresas que afetariam de maneira inesperada as partes do processo.

Arelado ao contraditório forte tem o dever de colaboração, tendo em vista que a efetividade de um diálogo e formação de um contraditório forte será mais bem aproveitado na medida em que houver maior cooperação entre os participantes do diálogo<sup>51</sup>.

De acordo com Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>52</sup>:

Podem ser apontados como grandes vetores orientadores do princípio da cooperação: (a) a mudança da mentalidade das pessoas que participam do processo; (b) o incentivo à boa-fé e lealdade do órgão judicial, das partes e de seus representantes, e de todos os demais participantes do processo (escrivão, serventuário, perito, assistente técnico, testemunhas etc): o processo não é uma luta ou um duelo, que se possa vencer a qualquer custo; (c) o combate ao formalismo excessivo; (d) o fortalecimento dos poderes das partes, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes; (e) a necessidade de permanente diálogo entre as partes e entre estas e o juiz (reprovável, portanto,

<sup>50</sup> CAVANI, Renzo. **Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual.** Disponível em: [http://www.academia.edu/3472106/Contra\\_as\\_nulidades-surpresa\\_a\\_nulidade\\_processual\\_diante\\_do\\_direito\\_fundamental\\_ao\\_contradit%C3%B3rio\\_vers%C3%A3o\\_online](http://www.academia.edu/3472106/Contra_as_nulidades-surpresa_a_nulidade_processual_diante_do_direito_fundamental_ao_contradit%C3%B3rio_vers%C3%A3o_online). Visto em: 01/04/2015

<sup>51</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. Cit, p. 78

<sup>52</sup> *Ibidem.*, p. 79.

que este se negue a receber advogados, fator, aliás, que atua como forte elemento de deslegitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil).

As partes do processo passam a ter verdadeiro papel de colaboradores junto ao Poder Judiciário, visando a obtenção de um processo justo, a partir de uma conduta leal, proba e eivada de boa-fé. O juiz do processo, igualmente, passa a ter papel colaborativo dentro do processo, pois passa a ser de sua atribuição também estabelecer diálogo entre os litigantes, zelando para que se dê da forma mais paritária possível, esclarecendo eventuais dúvidas e exercendo papel consultivo em relação as questões a serem decididas.

A principal preocupação de um processo colaborativo é que haja dialogo entre as pessoas que assumem papel dentro da demanda, é de extrema importância que todos possam se pronunciar acerca de tudo e relevante que isso possa servir para uma decisão equitativa da demanda.

No entendimento de Daniel Mitidiero<sup>53</sup>:

É fundamental, na organização do formalismo de um modelo de processo civil inspirado na colaboração, que se levem em consideração os pontos de vista externados pelas partes ao longo do procedimento no quando da decisão da causa. Trata-se de exigência calcada na necessidade de participação de todos que tomam parte no processo para o alcance da justa solução do caso concreto, tendo o dialogo papel de evidente destaque nessa estruturação. Fora dessas coordenadas não há que se falar em cooperação no processo.

Considerando que a finalidade do processo em si é a realização do direito, através da busca pela decisão justa, o formalismo busca a igualdade entre as partes, dando à demanda maior eficiência e fornecendo, assim, fundamentos que visem cumprir a função do processo. É essencial, no entanto, que sejam observados os princípios fundamentais bem como seja dado às partes a oportunidade de participação ativa na demanda, sendo, igualmente importante, que o Poder Judiciário se empenhe nessa perspectiva de colaboração. Efetivo

Com a aplicação dessas bases principiológicas, entre tantas outras aqui não estudadas, tende-se a tornar o processo efetivamente constitucionalizado, concretizando-se de fato a justiça para cada caso concreto em análise. A evolução do pensamento humano e a proximidade com as técnicas adequadas farão com que o processo atinja sua finalidade tanto almejada.

O Novo Código de Processo Civil que inseriu em seu artigo 358 a técnica da dinamização do ônus da prova traz em suas entrelinhas uma das tentativas de

---

<sup>53</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. Op. Cit., p. 155-156

constitucionalização efetiva do processo civil, o que dará as partes do processo maior segurança jurídica, considerando que passa a ser norma existente e não apenas mais uma das tantas técnicas a disposição do magistrado.

Outrossim, a nova “aquisição” do código, permite uma busca mais efetiva pela verdade, pois dá maior amplitude a produção de provas. A introdução da dita norma resultará na concepção prática do dever de colaboração entre as pessoas do processo, figurando como importante figura dentro do que prevê o formalismo-valorativo.

### 3.2. O artigo 373 do Novo Código de Processo Civil

O texto do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105 -, sancionado em 16 de março de 2015 pela presidente Dilma Rousseff, o qual havia sido aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2014 (PLS 166/2010), trouxe algumas novidades para o sistema processual civil, dentre elas, o art. 373; vale ressaltar que o texto incorporou importantes medidas para o fim de solucionar de maneira mais equitativa os processos judiciais e também dar mais agilidade ao processo.

O Novo CPC tem o intuito de reforçar garantias constitucionais – contraditório, ampla defesa, publicidade, impessoalidade, celeridade, moralidade, transparência das decisões judiciais – fazendo com que se busque a pacificação social.

O texto redigido para o artigo aqui estudado é o seguinte:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

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

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Vê-se do artigo suso mencionado que o mesmo manteve a redação, em seu *caput*, do art. 333 do CPC/73; contudo, acrescentou quatro parágrafos esclarecedores no

que tange a matéria de provas dentro do processo civil brasileiro. O estudo em questão, levará mais em conta as novidades dispostas nos §§ 1º e 2º, isso porque, dali surge a introdução e normatização da técnica da dinamização do ônus da prova.

Consoante o disposto pelo art. 373, § 1º, em análise do caso concreto, diante das peculiaridades da causa, poderá haver atribuição/flexibilização do ônus da prova pelo juiz, devendo a decisão ser motivada. Colhe-se, assim, que em existindo uma das partes em melhores condições para a produção de uma determinada prova, o juízo poderá redistribuir o encargo probatório.

Abre-se a possibilidade para que o juiz, em entendendo necessário, utilize-se dessa regra para chegar o mais próximo possível da verdade.

Nesse sentido, Artur Carpes<sup>54</sup>, entende que com a técnica da dinamização abre-se franca possibilidade para o juiz atuar em prol da tutela do direito material, alterando a distribuição do *ônus probandi* a fim de colher a máxima efetividade na cooperação das partes para a formação do juízo de fato.

Importante destacar o que estabelece o § 2º do art. 373, o qual enfatiza a impossibilidade da dinamização caso gere situação de desincumbência impossível ou excessivamente difícil. Vedada, portanto, a redistribuição em caso das provas conhecidas como “provas diabólicas”.

Ainda, sobre a decisão que redistribuir os encargos probatórios, somente poderá ser feito por decisão devidamente fundamentada e observando/primando pelo contraditório. Deverá ser ainda, oportunizado a parte para a qual recaiu o ônus a possibilidade para que seja cumprido seu novo encargo.

A inserção dos novos parágrafos no Novo Código de Processo Civil dará aos participantes do processo maior segurança jurídica, pois será oportunizado o conhecimento prévio acerca da nova distribuição dos encargos probatórios e há maior garantia no que tange a sua aplicação em face da normatização bem como da aplicação dos requisitos presentes.

Ademais, o Novo CPC está adequado à evolução da sociedade, aproximando-se cada vez mais da realidade contemporânea. A participação ativa de todos os participantes do processo e a colaboração dos mesmos coadunam o conceito de formalismo-valorativo e trazem para o processo uma busca mais intensa pela verdade. Espera-se que com a colocação do artigo no texto da lei, o processo se torne cada vez mais um instrumento para a busca de decisões justas acerca dos problemas evidenciados

---

<sup>54</sup> CARPES, Artur. Op. Cit., p. 114.

e que a investigação pela realidade dos fatos seja facilitada mediante a dinamização dos encargos probatórios.

### 3.3. O comportamento das partes do processo

Segundo a teoria da dinamização dos ônus da prova, haverá especial redistribuição do encargo probatório quando constatada desigualdade entre a possibilidade probatória das partes, devendo o sujeito em melhores condições cumprir com a nova obrigação.

De acordo com o entendimento de José Barberio<sup>55</sup>:

A melhor condição probatória é evidenciada quando o sujeito, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou do instrumento probatório ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em posição privilegiada para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua a ponto de atribuir-lhe um ônus probatório que, a princípio não teria.

Com a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova haverá o aumento do encargo probatório para uma das partes. Nesse sentido, aduz José Barberio<sup>56</sup> que aquele que pretende o abrandamento de seu encargo deve, ainda que indiretamente, demonstrar que a parte contrária está ou estava em melhores condições de produzir a prova.

Vale aqui ressaltar que a distribuição dinâmica da prova não deve ser utilizada de forma indiscriminada, ou seja, a parte que está tendo um abrangimento de seu encargo não poderá simplesmente cruzar os braços e deixar que somente a outra parte o faça – em caso de possuir condições -, isso em respeito ao princípio da solidariedade e o dever de colaboração. O pensamento inverso aqui se faz valer, isto é, se os princípios mencionados fazem com que a parte em melhores condições fática produza a prova do fato controvertido, pode-se pensar que a parte em situação menos favorável desenvolva também atividade probatória, ainda que insuficiente, demonstrando sua intenção de colaborar com o processo.

Faz-se de extrema importância a tentativa de colaborar com o material, pois somente assim poderá ser cogitada a ideia da aplicação da teoria de dinamização, vez que, inexistindo demonstração de facilidade de uma das partes para produzir a prova, não haverá motivos para dinamizar os encargos.

---

<sup>55</sup> BARBERIO, Sérgio José. ? **Qué debe probar el que no puede probar?**. In PEYRANO, Jorge W. (director); WHITE, Inés Lépori (Coordinadora). Cargas probatorias dinámicas. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008., p. 99-105. P. 101.

<sup>56</sup> Ibid., p. 102.

De outra parte, interessante se faz entender o comportamento do magistrado ao aplicar a técnica da dinamização, de forma a não configurar possível arbitrariedade.

No entendimento de Artur Carpes<sup>57</sup>, deve-se buscar dotar o juiz de critérios seguros para operar a dinamização. Caso contrário, a tendência é que o incremento de poderes do órgão judicial se aproxime da arbitrariedade, perigo com o qual não se afortuna a convivência no Estado Constitucional.

Conforme se vê do art. 373 e seus §§, a decisão que refletir sobre a dinamização do ônus da prova deverá ser devidamente motivada. Ou seja, deverá o juiz justificar e fundamentar sua escolha em aplicar a técnica da dinamização. O magistrado deverá justificar os motivos que lhe levaram a crer que por uma das partes haverá maior dificuldade em se desincumbir de seu encargo, enquanto deverá restar demonstrado que a outra se posiciona em melhores condições em fazer determinada prova; em havendo desigualdade poderá o juiz dinamizar o encargo, ficando, porém, atento para o fato de não criação de prova diabólica para uma das partes.

Deve-se estar atento que por vezes a regra constante, hoje no art. 333 do CPC e futuramente no art. 373, não pode ser aplicada, vez que, caso seja aplicada agiria com extrema desigualdade.

Nesse ponto, Artur Carpes<sup>58</sup>:

Se o artigo 333 do CPC é instituído para assegurar a igualdade das partes, fica fácil compreender as razões para sua não aplicação, pelo menos sem qualquer adaptação, naqueles casos em que resta flagrante a desigualdade nos esforços de produção da prova. Em outros termos: se a razão motivadora da regra – a igualdade – não é atingida no caso concreto, a regra não pode ser aplicada. Por outro lado, haverá situações em que a regra prevista no art. 333 do CPC estará em flagrante confronto com o direito fundamental à prova. Tal direito fundamental, em sua dimensão objetiva, funda princípios que orientam a máxima amplitude dos esforços probatórios, bem como a proibição da *probatio diabólica*. O caso concreto poderá apontar para o confronto entre tais princípios e a regra de repartição dos ônus probatórios prevista no *caput* e incisos do art. 333 da lei processual. Se tais princípios estão, no caso concreto, a instituir razões contrárias à aplicação da regra, como de fato demonstrou-se ocorrer em diversos casos, esta não merecer aplicação.

Ainda, deverá o juiz dar oportunidade para as partes se manifestarem acerca da decisão que dinamizou o ônus probatório, até mesmo como forma de prestigiar e cumprir o princípio do contraditório e, em respeito também, ao que dispõe a lei processual em seu art. 373, § 1º, do Novo Código de Processo Civil.

---

<sup>57</sup> CARPES, Artur. Op. Cit. p. 123-124.

<sup>58</sup> CARPES, Artur. Op. Cit. p. 125-126.

Dessa forma, diante de uma atuação colaborativa das partes, a aplicação da dinamização do ônus da prova vem como poderoso instrumento para o processo civil brasileiro, pois, além de conformar o processo com o direito processual contemporâneo, contribui de forma significativa para com a busca pela verdade e pela efetivação da decisão justa.

## CONCLUSÃO

O estudo atual do processo civil vem tomando rumo diferente do pensamento existente no Estado Liberal, pois, a partir de normas e princípios juntamente com a aceitação de um Estado Constitucional, o processo deixa de ser apenas interesse das partes, onde o juiz se mantém inerte e, passa a ser visto como meio de pacificação social, onde o dever de colaboração de todas as pessoas do processo é essencial para a formação de um instrumento efetivo de realização de justiça. É importante que o processo acompanhe a evolução da sociedade, que cada vez mais busca por decisões rápidas e eficazes.

Nesse contexto de acompanhamento do crescimento e do progresso no pensamento da comunidade, surge a teoria da dinamização do ônus da prova, como uma técnica que busca a constitucionalização do processo civil, primando pelo tratamento igualitário e justo dos litigantes, atribuindo o ônus probatório à parte que estiver em melhores condições de cumpri-lo, independentemente da posição que ocupe no processo.

A dinamização do ônus da prova fundamenta-se justamente em um dever de colaboração das partes para com o Poder Judiciário, a fim de que se possa da melhor forma possível, buscar a verdade dos fatos. A produção do material probatório se amplia, visto que diante da dificuldade de uma das partes em se desincumbir do ônus, a que se encontra em melhores condições poderá contribuir para a construção da prova dentro do processo. A técnica surge como mais um elemento a evitar a inutilização do processo civil.

A inserção da técnica no novo código de processo civil - Lei n. 13.105, garante maior segurança jurídica aos litigantes, uma vez que passará a ser obrigatória a aplicação da dinamização do ônus da prova quando presentes os requisitos descritos na norma legal, já que a escolha da utilização desse novo instrumento não seria de livre arbítrio do juiz, mas sim uma regra que a ser aplicada quando cabível.

Ademais, a previsão da técnica como regra a ser aplicada pelo magistrado diante das circunstâncias do caso concreto garante maior efetividade da prestação jurisdicional, já que, consoante explanado, a dinamização permite a efetiva realização da prova, colaborando na descoberta da verdade. Torna-se, assim, possível a realização eficaz dos direitos dos jurisdicionados e da justiça material, impedindo que o processo seja visto apenas como um simples concatenado de atos processuais.

Vale ressaltar que a distribuição dinâmica do ônus da prova não deverá ser aplicada quando acarretar a produção de prova diabólica reversa, isto é, quando as partes estiverem em situação igualmente dificultosa ou até mesmo impossível para a produção da prova não deverá a parte que não detinha a incumbência ser indevidamente onerada. Importante, ainda, a menção de que a decisão que distribuir de forma dinâmica o ônus da prova deverá ser devidamente motivada pelo juízo da causa, dando a devida oportunidade para que a parte agora onerada se desincumba de seu novo ônus, sob pena de violação a direitos fundamentais como o do devido processo legal, contraditório, entre outros.

Assim, diante dos pontos trazidos no presente trabalho, verifica-se que a técnica da dinamização do ônus da prova surge como elemento fundamental para a conformação do processo civil contemporâneo com as normas e princípios presentes na Constituição Federal, realizando papel fundamental na busca pela verdade dos fatos, envolvendo ativamente as partes do processo, inserindo de modo sagaz o dever de colaboração e, principalmente, contribuindo para a efetivação da tutela jurisdicional e a concretização real da justiça perante os percalços cotidianos encarados pela sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAZI, Roland. **La prueba em el Proceso Civil**. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1998.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **A verdade e a prova no processo civil**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf). Visto em: 06/08/2014.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil**. RePro, n. 1, São Paulo, RT, jan.-mar. 1976.
- BARBERIO, Sérgio José. **? Qué debe probar el que no puede probar?**. In PEYRANO, Jorge W. (director); WHITE, Inés Lépori (Coordinadora). **Cargas probatorias dinâmicas**. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008.
- CAVANI, Renzo. **Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual**. Disponível em: [http://www.academia.edu/3472106/Contra\\_as\\_nulidades-surpresa\\_a\\_nulidade\\_processual\\_diante\\_do\\_direito\\_fundamental\\_ao\\_contradit%C3%B3rio\\_vers%C3%A3o\\_online](http://www.academia.edu/3472106/Contra_as_nulidades-surpresa_a_nulidade_processual_diante_do_direito_fundamental_ao_contradit%C3%B3rio_vers%C3%A3o_online). Visto em: 01/04/2015
- JUNIOR, Fredie Didier; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil**, v.2. 9ª edição – Bahia: Editora JusPodivm, 2014.
- KNIJNIK, Danilo. **A prova nos Juízos Cível, Penal e tributário**. Rio de Janeiro: editora forense – 2007.
- LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil: comentado artigo por artigo**/ Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. - - 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_. **Prova**/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MELENDO, Santiago Sentís. **La prueba em el proceso. Para quién se prueba. Principio de adquisición**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1056/61.pdf>. Visto em: 05/08/2014.

MITIDIERO, Daniel. **Direito ao Processo Justo como Direito à colaboração no Processo Civil.** Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-ao-processo-justo-como-direito-a-colaboracao-no-processo-civil/4893> Visto em: 15/08/2014.

\_\_\_\_\_. **Processo justo, colaboração e ônus da prova.** *Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº1, jan/mar 2012.*

\_\_\_\_\_. **Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantia do Contraditório. Garantias Constitucionais do Processo Civil.** São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. **Prova Cível:** C. A. Alvaro de Oliveira (organizador) ... [et. al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEYRANO, Jorge Walter (director) y LÉPORI WHITE, Inés (coordinadora). **Cargas probatorias dinámicas.** Santa Fe :Rubinzal-Culzoni, 2008.

\_\_\_\_\_. **Nuevos liniamientos de las cargas probatorias dinámicas.** In: Peyrano, Jorge W. (director); White, Inés Lépori (coordenadora). *Cargas probatorias dinámicas.* 1ª Ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba.** Buenos Aires: Europa-America, 1956.

VICENTINI, Fernando Luiz. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>. Visto em: 25/07/2014.