

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

LARA AMARO DOS SANTOS

***PROBATIO DIABOLICA NO CPC/15***

Porto Alegre  
2018

LARA AMARO DOS SANTOS

***PROBATIO DIABOLICA NO CPC/15***

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Porto Alegre

2018

LARA AMARO DOS SANTOS

***PROBATIO DIABOLICA NO CPC/15***

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 12 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos  
Orientador

---

Prof. Dr. Daisson Flach

---

Prof. Dr. Daniel Mitidiero

## AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos iniciais são, e não poderiam deixar de ser, aos professores de processo civil da Faculdade de Direito da UFRGS, que fizeram despertar em mim a paixão pelo processo civil, sobretudo ao meu orientador, Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos, por todo o incentivo à pesquisa, seja por intermédio do auxílio na elaboração desse trabalho de conclusão de curso, seja por intermédio do grupo de pesquisa “Fundamentos do processo civil”.

Necessário, ainda, estender os agradecimentos a todos aqueles que, ao me oportunizarem contatos práticos com o direito, certamente contribuíram, em muito, para minha formação profissional. Se é verdade que após a formatura não se acorda advogado, que tornar-se advogado na verdade é uma construção, é inegável que vocês foram imprescindíveis nessa trajetória. Espero, no futuro, agora próximo, poder orgulhá-los.

Em especial, não posso deixar de agradecer ao G2 do SAJU/UFRGS, por ter sido uma verdadeira família nesses últimos anos de faculdade e, muito mais do que possibilitar um contato prático com o direito, possibilitar uma verdadeira aula de humanidade. Mais do que crescimento profissional, vocês me proporcionaram um crescimento pessoal que eu nunca vou esquecer.

Não menos importante, pelo contrário, agradeço à minha família. Faltariam palavras para agradecer por todo incentivo e apoio. A caminhada foi longa e nem sempre foi fácil, mas vocês, cada um à sua maneira, permaneceram ao meu lado, ajudando e dando o suporte necessário. Em especial ao meu avô Miguel, que tanto me incentivou na escolha do curso, bem como no decorrer dele, e que agora se orgulha em dizer que tem uma neta a seguir seus passos.

Estendo, ainda, o agradecimento ao meu namorado, que mesmo nos dias mais difíceis esteve ao meu lado, bem como a todos os colegas e amigos que, de alguma forma, contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal e profissional. Quem tem amigos tem tudo, e eu tenho vocês, os melhores. Que sorte a minha. Essa conquista não seria possível sem vocês.

*“Cada um que passa em nossa vida, passa sozinho, mas não vai só, nem nos deixa sós; leva um pouco de nós mesmos, deixa um pouco de si mesmo.”* SAINT- EXUPÉRY, Antoine de.

## RESUMO

O presente estudo visa à análise do instituto da prova diabólica, usualmente conhecida como prova difícil ou impossível, no âmbito do processo civil brasileiro. Para realização da pesquisa, são empregados os métodos dedutivo e indutivo, com subsídio em revisão bibliográfica, exame da legislação nacional e coleta jurisprudencial. Antes de tudo, no primeiro capítulo, examina-se o instituto da prova como um todo e, após, assentados alguns conceitos iniciais importantes, especificamente a problemática da *probatio diabolica*. No segundo capítulo, é apresentada uma solução para essa problemática, a dinamização do ônus da prova, que representa verdadeiro instrumento auxiliar a ser utilizado, a fim de que seja assegurado o acesso à justiça, ampla defesa e o contraditório, quando presente o pressuposto positivo da prova diabólica e desde que não esteja configurado o pressuposto negativo da prova diabólica reversa.

**Palavras-Chave:** Prova. Prova diabólica. Ônus da prova. Dinamização. Código de Processo Civil de 2015. Efetividade das decisões.

## **ABSTRACT**

*The present study aims the analysis of the institute of the diabolical proof, usually known as difficult or impossible proof, in the scope of the brazilian civil process. For the accomplishment of the research, is used the methods deductive and inductive, with subsidy in bibliographical revision, examination of the national legislation and collection jurisprudencial. First of all, in the first chapter, will be examined the institute of the proof as a whole and, after setting some important initial concepts, specifically the problematic of the probatio diabolica. In the second chapter, a solution for this problem is presented, the dynamization of the burden of proof, which represents a true auxiliary instrument to be used, in order to ensure access to justice, ample defense and contradictory, when presenting the positive requirement of the diabolical proof and providing the negative requirement of the diabolical reverse proof is not set.*

**Key-words:** *Proof. Diabolic proof. Burden of proof. Dynamic. Civil Procedure Code of 2015. Decision effectiveness.*

## LISTA DE ABREVIATURAS

art. - artigo;

coord. - coordenação;

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

CPC/73 - Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (Lei 5.925 de 1973);

CPC/15 - Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (Lei 13.105 de 2015);

CC - Código Civil (Lei 10.406 de 2002);

CDC - Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990);

dir. - direção;

ed. - edição;

HC - Habeas Corpus;

inc. - inciso;

Min. - Ministro;

n. - número;

org. - organização

p. - página;

Rel. - Relator.

REsp - Recurso Especial;

STJ - Superior Tribunal de Justiça;

STF - Supremo Tribunal Federal;

trad. - tradução;

v. - volume.

## SUMÁRIO

<b>1 – INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 – DA PROVA E SEU OBJETO À PROVA DIABÓLICA</b> .....	12
2.1 – O DIREITO À PROVA E O CONCEITO DE PROVA .....	12
2.2 – O OBJETO DA PROVA .....	20
2.3 – A PROBLEMÁTICA DA PROVA DIABÓLICA.....	26
<b>3 – DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PARA A PROBLEMÁTICA DA <i>PROBATIO DIABOLICA</i></b> .....	36
3.1 – O ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15.....	36
3.2 – A PROVA DIABÓLICA COMO PRESSUPOSTO POSITIVO PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	46
3.3 – A PROVA DIABÓLICA REVERSA COMO PRESSUPOSTO NEGATIVO PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	51
<b>4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	61
<b>LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA</b> .....	68

## 1 – INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro, sobretudo o de conhecimento, serve para a realização do direito material, tendo como objeto questões de fato e de direito. As alegações fáticas, no comum das vezes, demandam dilação probatória e, de tal modo, em regra, não há como, sem instrução probatória, garantir o direito, visto que a prova é a demonstração da existência do fato e, conseqüentemente, do direito pleiteado em juízo.

Em que pese, como regra, a previsão legal seja a de distribuição estática do ônus da prova, em certas situações, a produção de determinada prova, que se faz essencial para o deslinde do feito, de acordo com essa distribuição, torna-se diabólica, visto que de difícil ou impossível produção, o que poderia ocasionar vedação oculta de acesso à justiça.

Nessa perspectiva, no primeiro capítulo do presente trabalho, após assentados alguns conceitos como o do direito à prova, o conceito de prova e de objeto de prova, será realizado um estudo dogmático da problemática relacionada à prova classificada como diabólica. A respeito, mencione-se desde logo que a prova diabólica possui diversas classificações e graduações, de modo que a análise de sua configuração deve ser feita *in concreto*.

Pode-se, assim, dizer que é a previsão de distribuição estática do ônus que, muitas vezes, enseja a configuração de prova diabólica. A lei processual, porém, não pode, por motivos meramente processuais, estabelecer normas que impliquem em ameaça à igualdade jurídica assegurada na norma material, com risco até de eliminá-la. Deste modo, no segundo capítulo do presente trabalho será analisada uma solução para a problemática, positivada no art. 373 § 1 do CPC/15, a chamada teoria da dinamização do ônus probatório.

De acordo com a referida teoria, a fim de assegurar o acesso útil ao judiciário, bem como garantir a igualdade processual, deve o magistrado, em casos em que a produção probatória se mostrar difícil ou impossível, movimentar o ônus probatório. Conforme será melhor explorado tópico 3.2 do presente trabalho, pode-se afirmar que a prova diabólica figura como pressuposto positivo para a dinamização do ônus.

A dinamização, contudo, precisa obedecer a certos limites. O magistrado, ao inverter o ônus previsto no *caput* do art. 373 do CPC/15, deve sempre proceder de forma devidamente fundamentada e oportunizando à parte desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído, conforme previsão do § 1 do art. 373 do CPC/15, especialmente porque restou expressamente previsto o pressuposto negativo da prova diabólica reversa, objeto do último tópico do trabalho. Tal vedação, contudo, conforme será melhor visto, tem sido excepcionada pela doutrina em determinadas situações.

Importante, por fim, aludir que o método utilizado nesse trabalho é o dedutivo, por meio de revisão bibliográfica e exame de legislação nacional, de forma preponderante, utilizando-se, entretanto, também, em menor medida, do método indutivo, no tocante a busca e análise jurisprudencial.

## 2 – DA PROVA E SEU OBJETO À PROVA DIABÓLICA

No presente capítulo, antes de tudo, será discorrido sobre o direito à prova e definido um conceito de prova. Ademais, será analisado também quais objetos são passíveis de prova e, por outro lado, quais não o são. Assentados tais conceitos, será estudado o instituto da prova diabólica, objeto do presente trabalho, definindo-se seu conceito e objeto específico, bem como analisada a problemática existente acerca dessa que, por vezes, figura como verdadeiro empecilho ao acesso à justiça.

### 2.1 – O DIREITO À PROVA E O CONCEITO DE PROVA

Inicialmente, é preciso observar que, em regra, a simples alegação não basta, pois para que o magistrado possa julgar a situação objeto da lide é necessário que, antes de mais nada, se certifique acerca da verdade das alegações<sup>1</sup>, o que só é possível por meio da análise das provas. Dessa forma, pode-se afirmar que a serventia do direito pode ser medida pela possibilidade de prová-lo, pois de nada adianta possuir um direito se esse não for provado<sup>2</sup>.

O direito à prova, assim, é entendido como configuração substancial de um dos eixos do devido processo legal<sup>3</sup>, que compreende, mais do que o respeito à lei, o direito fundamental a um processo justo e adequado, que precisa observar os direitos fundamentais processuais e materiais e as peculiaridades do caso concreto<sup>4</sup>. Assim, o direito à prova e, ademais, a importância de dispor quanto à distribuição do ônus probatório, em especial nos casos em que configurada a prova diabólica, ecoa dos direitos fundamentais processuais, tais como acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 131.

<sup>2</sup> TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 173.

<sup>3</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 214.

<sup>4</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 192-193.

<sup>5</sup> CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA,

No ponto, importante atentar a previsão do art. 5º, incs. XXXV<sup>6</sup>, LIV<sup>7</sup> e LV<sup>8</sup> da CF/88. Ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, bem como que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “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”, a CF/88 garante expressamente o direito de acesso à justiça, ao contraditório e a ampla defesa, dos quais se extrai o direito à prova.

Resta, dessa forma, implícita, porém nítida, a garantia constitucional do direito à produção probatória como verdadeiro direito fundamental, decorrente de interpretação sistemática da CF/88. Em outras palavras, pode-se dizer que “o direito inafastável à prova necessária e à solução justa do litígio”<sup>9</sup> constitui “projeção prática do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório”<sup>10</sup>.

No ponto, importante frisar que de nada adiantaria a previsão constitucional ao acesso à justiça se não fosse assegurado também o direito à produção probatória acerca das alegações levadas à juízo<sup>11</sup>. Isso porque, sem a dilação probatória essencial à comprovação das alegações levadas à juízo, não há como garantir-se o direito em si.

De tal modo, pode-se dizer que o direito fundamental à prova figura como “cláusula de justo processo”<sup>12</sup>, que decorre do direito à prestação jurisdicional<sup>13</sup>. Nesse sentido, tem-se

---

William Santos; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016, p. 201.

<sup>6</sup> Art. 5, inc. XXXV, da CF/88. *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

<sup>7</sup> Art. 5, inc. LIV, da CF/88. *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*

<sup>8</sup> Art. 5, inc. LV, da CF/88. *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.*

<sup>9</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 877

<sup>10</sup> TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático.** – São Paulo: Revista de Processos, n. 195, maio 2011, p. 129.

<sup>11</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 231

<sup>12</sup> CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016, p. 205.

que o direito à prova tem como fundamento formal o devido processo legal, positivado no art. 5, inc. LIV, e como fundamento material o impedimento de “degradação de qualquer pessoa à condição de mero objeto de procedimentos e decisões”<sup>14</sup>.

O direito à prova, ademais, além de decorrer de interpretação das disposições constitucionais, decorre também de previsão da legislação infraconstitucional. A respeito, importante mencionar o art. 7 do CPC/15<sup>15</sup>, que expressamente assegura às partes o direito fundamental à igualdade processual ou, em outras palavras, à igualdade 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.

Todavia, importante que se atente que o direito à prova deve ser exercido pelas partes com observância a certos limites. Ou seja, é necessário que se exija das partes retidão na utilização das normas processuais, devendo essas atuarem com ética e de modo a colaborar para o convencimento acerca do objeto controvertido e a tomada de decisão do magistrado<sup>16</sup>.

Pertinente, ademais, observar que o direito à prova é composto de diversas situações jurídicas: direito à adequada oportunidade de requerer provas; direito de produzir provas; direito de participar da produção probatória; direito de manifestar-se sobre provas produzidas; direito à apreciação pelo magistrado da prova. Todas as situações enumeradas constituem exemplos de desdobramentos do direito fundamental à prova<sup>17</sup>.

Nessa conjuntura, importante estabelecer um conceito de prova. Na concepção de Eduardo Cambi<sup>18</sup> o conceito de prova é “plurissignificante”, visto que pode ser entendida em diversos sentidos: atividade de produção de atos ou meios pelos quais pretende-se demonstrar

---

<sup>13</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo civil – Brasília: ESMPU, 2016, p. 241.

<sup>14</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 253.

<sup>15</sup> Art. 7 do CPC/15. *É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

<sup>16</sup> CABRAL, Antonio do passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte**. – São Paulo: Revista de Processo, Revista dos Tribunais, v. 126, ago. 2005, p. 59.

<sup>17</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50-51.

<sup>18</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 41.

a verdade do alegado, meio de prova considerado em si mesmo e, ainda, resultado dos atos e meios produzidos na apuração da verdade<sup>19</sup>.

De acordo com essa divisão da prova em atividade, meio, resultado, seria a prova classificada como atividade no sentido de que quem alega um fato deve prová-lo. Ademais, a prova seria classificada como resultado quando, por exemplo, o autor atinge o resultado ao produzir provas acerca do alegado. Por fim, a prova seria um meio na perspectiva das fontes e meios de prova, como a prova documental e a prova pericial<sup>20</sup>.

Nesse sentido, importante frisar que alguns autores diferenciam os conceitos meio de prova e fonte de prova. Para José Carlos Barbosa Moreira<sup>21</sup>, meios são as técnicas desenvolvidas para extrair a prova das fontes das quais se originam, sendo as fontes as pessoas, coisas e fenômenos. Por outro lado, há autores que tratam das expressões de forma indistinta. Francesco Carnelutti<sup>22</sup>, por exemplo, afirma que não há sentido em diferenciar meio de prova e fonte de prova senão quando se estiver tratando das provas indiretas, que são as provas acerca das quais o juiz tem acesso ao fato a se provar por meio de percepção de outro fato<sup>23</sup>. No presente trabalho as expressões são tratadas de forma indistintas.

Além de poderem as provas serem classificadas como de atividade, resultado e meio, podem também ser classificadas como positivas ou negativas. Uma prova positiva busca demonstrar a verdade de uma alegação, enquanto a prova negativa busca demonstrar que o fato alegado não ocorreu, ou seja, que é inverídica a alegação<sup>24</sup>. Como será melhor visto no tópico 2.3 do trabalho, muitas vezes as provas ditas negativas são tidas como prova diabólica, porém, frise-se desde logo, prova diabólica e prova negativa não se confundem.

---

<sup>19</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 1-2.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 48.

<sup>21</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Anotações sobre o título ‘da prova’ do novo código civil. Reflexos do novo código civil no direito processual**. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 210-211

<sup>22</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 99.

<sup>23</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50.

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura Manríquez; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 61.

Outrossim, as provas podem ser graduadas com relação a sua força probatória específica, ou seja, com relação a capacidade reflexiva do objeto da prova. O nível de evidência que ao final será obtido, assim, dependerá dessa graduação, que influencia na convicção necessária para o julgamento do caso concreto, que deve variar conforme o caso<sup>25</sup>.

De tal modo, as provas produzidas podem ser consideradas suficientes, insuficientes ou negativas e, a partir dessa produção probatória, podem decorrer certeza, dúvida e ignorância<sup>26</sup>. Contudo, frise-se que nem a certeza necessariamente corresponde a uma verdade objetiva, até porque “por vezes tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade, que parece certa a uns, aparece como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros”<sup>27</sup>.

Ademais, de acordo com o entendimento de Flávio Tartuce<sup>28</sup>, a prova apresenta concepção híbrida, interessando tanto ao direito material quanto ao direito instrumental<sup>29</sup>, na medida em que a demonstração dos fatos alegados em juízo é a finalidade elementar do processo na busca da verdade. Tem-se, assim, que a verdade figura como um *standard* externo de correção<sup>30</sup>. De tal modo, o estudo contemporâneo do direito processual civil visa promover o equilíbrio entre os resultados do processo e técnica processual<sup>31</sup>.

Em sentido contrário, porém, é o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini<sup>32</sup>, que afirmam que a prova tem natureza apenas processual, visto que a

---

<sup>25</sup> SABATÉ, Lluís Muñoz Sabaté. **Introducción a la probática**. Colección de formación continua Facultad de Derecho ESADE, 2007, p. 42-43.

<sup>26</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 3.

<sup>27</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 4.

<sup>28</sup> TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 173.

<sup>29</sup> TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 171-172.

<sup>30</sup> HO, Hock Lai. **A philosophy of evidence law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, 1 ed., 2008, *apud* RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 45.

<sup>31</sup> BUENO, Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6 ed., rev., atual., e ampl. – São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, p. 99.

<sup>32</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 225

instrução probatória é desenvolvida pelo juiz com a finalidade de reconstruir os fatos alegados pelas partes, sendo, assim, essenciais para a prestação da justiça.

A despeito da divergência quanto à classificação da prova como tema de natureza processual ou material, tem-se que prova é a demonstração do fato e a certeza da existência, visto que “segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente”<sup>33</sup>. De tal modo, tem-se que a questão de fato se decide pelas provas, que figuram como o instrumento adequado para a formação do convencimento do magistrado acerca da situação objeto da lide, sendo por meio delas que se alcança a verdade, a convicção<sup>34</sup>. Assim, nas palavras de Kazuo Watanabe “analisar bem as provas, avaliando corretamente os fatos [...] é condição fundamental para a prática da justiça”<sup>35</sup>.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini<sup>36</sup>, por sua vez, conceituam prova como o instrumento por meio do qual se busca levar o magistrado à convicção quanto às alegações feitas, a qual, atingida, representa o resultado da prova. Ademais, afirmam os autores que a reconstrução dos fatos alegados não é, por si só, o objeto do processo, visto que o escopo do processo é encontrar uma solução para o conflito posto, de forma a tutelar-se o direito de quem tem razão, garantindo-se uma decisão justa<sup>37</sup>.

Prova seria, de tal modo, o instrumento utilizado para o fim de indicar tudo o que pode convencer o magistrado acerca das alegações fáticas, de suas qualidades e exatidão. Ou seja, “a finalidade da prova não é outra se não convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ele versa”<sup>38</sup>. No mesmo sentido é o entendimento de Michele

---

<sup>33</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 901.

<sup>34</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 225

<sup>35</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. – São Paulo: DPJ, 2005, p. 72.

<sup>36</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 246

<sup>37</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 226

<sup>38</sup> SANTOS, João Manoel Carvalho. **Código de processo civil**, v. III, p. 162; MALASTEIA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. J. Alves de Sá, v. 1, cap. I, 1911, p. 148.

Taruffo<sup>39</sup>, que assevera que a principal função da prova é oferecer ao magistrado subsídios para o convencimento acerca das alegações feitas pelas partes.

Desse modo, pode-se afirmar que o destinatário da prova é o magistrado, pois é ele quem decidirá a solução jurídica a ser aplicada. Todavia, excepcionalmente é possível falar em uma consequência reflexa da destinação da prova ao juiz, quando a parte contrária se convence acerca dos fatos alegados e, por isso, espontaneamente, põe fim ao litígio<sup>40</sup>.

Dada a importância da prova para a obtenção de uma decisão justa, conforme assevera Michele Taruffo<sup>41</sup>, é preciso que se adote o critério da dúvida razoável, ou seja, em casos em que não há convicção acerca de nenhuma das versões apresentadas pelas partes, se faça uma opção ética e moral. Para aplicação do critério, conforme refere a autora, é preciso muita cautela, visto que é preferível que “culpados” não sejam onerados do que “inocentes” sejam onerados injustamente.

Nesse sentido, importante frisar que a formação de convencimento do magistrado se dá por meio do sistema da persuasão racional<sup>42</sup>, previsto no art. 371 do CPC/15<sup>43</sup>, de acordo com o qual o juiz tem a liberdade para apreciar as provas produzidas, porém precisa motivar o que o levou àquela conclusão. Ou seja, o juiz tem certa liberdade para decidir, porém precisa fundamentar as razões pelas quais chegou a determinada conclusão.

Além do juiz, as partes também, frise-se, possuem certa liberdade para produzir provas que entendam úteis a densificação de suas posições, ou seja, há uma certa noção geral de liberdade probatória<sup>44</sup>, desde que respeitados certos limites impostos pelo sistema. Há,

---

<sup>39</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 131.

<sup>40</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 225.

<sup>41</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 273.

<sup>42</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 231

<sup>43</sup> Art. 371 do CPC/15. *O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.*

<sup>44</sup> KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica***, coorg. FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER. Teresa Arruda Alvim – São Paulo: Revista dos

portanto, um âmbito de liberdade geral que, no entanto, apresenta algumas restrições, o que será melhor visto no tópico seguinte.

A respeito, insta salientar que o primeiro passo a ser seguido pelo magistrado é estabelecer conexão entre fatos alegados e provas produzidas é valorar a credibilidade de cada meio de prova utilizado<sup>45</sup>. Nesse aspecto, importante frisar que a prova, uma vez produzida, deve ser considerada no todo, ou seja, não pode aproveitar apenas na parte que interessa a quem produziu, visto que, uma vez produzida, a prova passa a integrar o processo e, assim, não mais importa quem a produziu, visto que a prova deve ser considerada no todo<sup>46</sup>.

Dessa análise, o magistrado, como visto, destinatário da prova, precisará escolher uma versão, ou seja, escolher, racionalmente, em favor da versão que foi melhor corroborada, e, portanto, é mais provável<sup>47</sup>. Tem-se, assim, que é dever do juiz obter todas as provas de parte a parte, da melhor maneira possível, compará-las e decidir de acordo com a força probante de cada uma delas<sup>48</sup>. No mesmo sentido, afirma Jeremy Bentham<sup>49</sup> que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas”.

Pode-se dizer, de tal modo, que, ao julgar a lide, o magistrado, a quem se dirigem as provas, resolve as inconcretudes do caso concreto. Em outras palavras, cabe ao magistrado decidir, com base nas provas produzidas, se foi provada a verdade ou falsidade das alegações feitas em juízo<sup>50</sup>.

Há, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, um verdadeiro direito das partes à prova, visto que provar um fato equivale a atingir o mais elevado grau de convencimento do

Tribunais, 2006 p. 942. LOEVINGER, Lee J. **Una introducción a la lógica jurídica**. Trad. José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1954, p. 84.

<sup>45</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 137-138, p. 139.

<sup>46</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 228

<sup>47</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 141.

<sup>48</sup> BENTHAM, Jeremy. **Traité des preuves judiciaires**. Trad. Ét. Dumont, 1823, v. 1, p.3, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral dos. Prova judiciária no cível e comercial. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 7.

<sup>49</sup> BENTHAM, Jeremy. **Traité des preuves judiciaires**. Trad. Ét. Dumont, 1823, v. 1, p.3, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 7.

<sup>50</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 61.

juízo e maior aproximação com a verdade, que deriva do direito ao contraditório, à ampla defesa e ao acesso à justiça<sup>51</sup>. As possibilidades de provar os fatos alegados, no entanto, são limitadas, de forma que ao impor que alguém prove um fato parte-se do pressuposto que tal fato pode ser objeto de prova<sup>52</sup>, o que será objeto de estudo do próximo tópico do presente trabalho.

## 2.2 – O OBJETO DA PROVA

Em regra, o objeto da prova são as alegações ou afirmações sobre fatos, que precisam ser demonstrados em juízo. Como forma de simplificação, porém, é comum a afirmação de que o objeto da prova são os fatos. O objeto, ainda, por vezes, pode ser também o direito, como quando se invoca direito estrangeiro ou municipal, por exemplo. Assim, em princípio provam-se os fatos e, excepcionalmente, provam-se os direitos<sup>53</sup>.

Importante frisar, contudo, que, em relação às provas que tem por objeto o direito, tem-se que o magistrado poderia apenas ignorar o que foi invocado e, ademais, independente da produção de prova acerca desse, poderia o juiz aplicá-lo, o que não seria possível em relação à prova que tem por objeto fatos. Isso porque, quanto aos fatos, o magistrado está adstrito a prova dos autos<sup>54</sup>, conforme previsão do art. 371 do CPC/15. Ou seja, há significativa diferença entre prova de fato e prova de direito.

Ademais, importante sinalar que as alegações ou afirmações sobre fatos que podem ser objetos de prova, em que pese apresentem certos limites, como a seguir será melhor explorado, ou seja, serem limitadas, são irrestritas. Nesse sentido, observe-se que podem ser

---

<sup>51</sup> CABRAL, Antonio do passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte**. – São Paulo: Revista de Processo, Revista dos Tribunais, v. 126, ago. 2005, p. 59. TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático**. – São Paulo: Revista de Processos, n. 195, maio 2011, p. 129. CABRAL, Antonio do passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte**. – São Paulo: Revista de Processo, Revista dos Tribunais, v. 126, ago. 2005, p. 59.

<sup>52</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 4.

<sup>53</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. Prova judiciária no cível e comercial., 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 7.

<sup>54</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova.**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil – Brasília: ESMPU, 2016, p. 246.

objeto de prova as alegações acerca de fatos jurídicos, como um negócio; acerca de fato simples, como a marca de um determinado objeto; a respeito de fatos positivos, como a celebração do casamento, e também as alegações sobre fatos negativos, como a negativa de débitos fiscais<sup>55</sup>.

O primeiro limite imposto que merece ressalva é o da dispensa de produção probatória acerca de fato notório, fulcro no art. 374, inc. I, do CPC/15<sup>56</sup>. Além do fato notório, é igualmente dispensável a dilação probatória acerca do fato incontroverso, conforme disposição do incs. II e III<sup>57</sup> do mesmo dispositivo legal. Isso porque, a finalidade da prova é a formação de convicção pelo magistrado e, sendo o fato evidente ou incontroverso, a convicção sobre ele está formada e, assim, a prova é inútil.

No ponto, importante conceituar fatos incontroversos e fatos notórios, a fim de bem delimitar aquilo que pode ser objeto de prova. Fatos notórios, também chamado de evidentes, para que restem configurados, é preciso que haja relatividade, ou seja, a notoriedade precisa ser relativa às partes, já que a notoriedade é sempre em relação a determinado grupo. Em que pese a lei não tenha definido o que é fato notório, é entendimento doutrinário<sup>58</sup> que os fatos notórios necessariamente precisam ser conhecidos, ou, de acordo com a cultura média, poder ser conhecidos<sup>59</sup>.

Nas palavras de Carlos Lessona<sup>60</sup> são evidentes “os fatos que chegam ao juiz pelas fontes comuns do saber humano, servindo-se livremente dos meios e dos métodos aos quais sempre recorrerá a ciência”. Nesse sentido, também conceitua Juan Montero Aroca<sup>61</sup> que os fatos notórios são aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura normal de um determinado

<sup>55</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 43.

<sup>56</sup> Art. 374 do CPC/15. *Não dependem de prova os fatos: I – notórios*

<sup>57</sup> Art. 374 do CPC/15. *Não dependem de prova os fatos: II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos;*

<sup>58</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 243

<sup>59</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 65.

<sup>60</sup> LESSONA, Carlos. **Teoría General de la prueba em derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz, v. I, 1897, p. 175

<sup>61</sup> AROCA, Juan Montero. **La prueba em el processo civil**. 3. ed. – Madrid, Citivas, 2012, p. 63.

grupo social no tempo do proferimento da decisão. Ressalve-se, todavia, que isso não quer dizer que as afirmações acerca de fatos que supostamente são evidentes não possam ser contestados, mas apenas que há sobre eles uma presunção de veracidade, visto que são considerados intuitivos.

Por sua vez, fatos incontrovertidos são aqueles acerca dos quais não há controvérsia, ou seja, são aqueles que foram afirmados por uma parte e confessados pela outra e também aqueles que foram admitidos no processo como incontrovertidos. Assim, pode-se dizer que, como regra geral, são objeto de prova apenas as afirmações sobre fatos controvertidos, ou seja, os não admitidos e os contestados, visto que, em regra, não havendo controvérsia sobre os fatos alegados, ou seja, concordando as partes a respeito, a questão se reduz a mera aplicação do direito. É o caso, por exemplo, da jurisdição voluntária, na qual, em princípio, não há controvérsia, de forma que o que se busca é apenas a declaração de um direito.

Frise-se, porém, que, excepcionalmente, admite-se prova de fatos notórios ou não controvertidos. Por exemplo, quando a lei exigir, ou quando o magistrado, para fim de obter mais segurança em seu convencimento, julgar necessária dilação probatória acerca de algum fato, a prova pode ser requisitada independentemente de o fato ser classificado como notório ou não ter sido objeto de controvérsia.

Ademais, também é dispensável a prova acerca de fatos que exorbitam o que se busca provar ou, ainda, que seja desnecessária a produção probatória por haver presunção legal absoluta em seu favor<sup>62</sup>, conforme dispõe o art. 374, inc. IV do CPC/15<sup>63</sup>. Isso porque, importante atentar que não são todas as alegações sobre fatos que necessitam ser provadas. Conforme assevera Michele Taruffo<sup>64</sup>, em alguns casos a prova pode ser dispensada e o juiz usar da experiência comum e de conhecimento geral.

No ponto, frise-se que presunção legal é uma regra jurídica que impõe que seja considerada a ocorrência de determinado fato, a qual deve estar expressamente prevista em

---

<sup>62</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie, 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 76.

<sup>63</sup> Art. 374 do CPC/15. *Não dependem de prova os fatos: [...] IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.*

<sup>64</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 144

lei. Nesse sentido, afirma José Carlos Barbosa Moreira<sup>65</sup> que “quando a lei consagra uma presunção absoluta [...] o que na verdade faz é tornar irrelevante, para a produção de determinado efeito jurídico, a presença deste ou daquele elemento ou requisito no esquema fático”. Frise-se, no entanto, que ônus da prova e presunção não são sinônimos. Não é possível afirmar que uma presunção gere a dinamização do ônus, mas é possível admitir que a presunção gera um juízo de convicção da ocorrência de um fato<sup>66</sup>.

Também não é cabível a produção probatória acerca de matérias cuja lei civil exige tipos especiais de prova sob pena de ineficácia, pois nesse caso seria em vão a dilação probatória, visto que essa não teria aptidão de demonstrar o alegado<sup>67</sup>. Ademais, tem-se que também não são objeto de prova os fatos que nenhuma influência exercem sobre a decisão da controvérsia. Ou seja, as alegações sobre fatos, para serem objeto de prova, devem ser relevantes ou influentes. Isso porque, se a afirmação sobre fato não é capaz de influenciar na decisão, a produção probatória é inútil em razão do princípio da economia processual e máxima eficiência<sup>68</sup>.

No tocante, importante conceituar fato relevante, que é entendido como todo aquele passível de influenciar no convencimento do magistrado e, ademais, é todo o fato que serve para respaldar as alegações das partes, seja de forma direta ou indireta. Nesse sentido, o fato pode ser classificado como principal, que são os fatos que constituem o próprio pressuposto das normas, ou como secundários, que são aqueles que são considerados apenas pertinentes.

Além de relevante, a afirmação sobre fato objeto de prova deve ser “admissível, pertinente e contundente”. É admissível quando não proibida em lei e aplicável à lide, pertinente quando adequada à demonstração dos fatos e à aplicabilidade dos princípios de direito invocados e, por fim, contundente quando esclarece a controvérsia.

---

<sup>65</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Anotações sobre o título ‘da prova’ do novo código civil. Reflexos do novo código civil no direito processual**. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2006, p. 210-211

<sup>66</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie, 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 87.

<sup>67</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie, 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 76.

<sup>68</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 44.

Nesse sentido, frise-se que não pode ser objeto de prova as alegações sobre fatos cuja prova é contrária à moral, aos bons costumes e à ordem pública, visto que inadmissível. Tampouco seria admissível a prova de afirmações sobre os fatos sob o qual corre presunção de veracidade, visto que não seriam pertinentes<sup>69</sup>.

Importante, ademais, frisar o ponto de maior relevância para o presente trabalho: não é objeto de prova o fato impossível, até porque o fato impossível é tido como irrelevante, por não poder influir na causa. Por derradeiro, de acordo com o princípio da economia processual e máxima eficiência, seria inútil sua produção, de forma que, repise-se, o fato impossível não pode figurar como objeto de prova.

É preciso, porém, que se diferencie a prova de fato impossível da prova impossível. O fato impossível, frise-se, não produz efeito jurídico, porquanto inútil, já a prova impossível, por outro lado, é uma necessidade, que deve obedecer aos ditames quanto à distribuição do ônus probatório, e quem não a fornece sucumbe<sup>70</sup>, o que será melhor explorado no próximo tópico.

Nesse contexto, importante atentar quanto ao sentido da impossibilidade, que pode ser relativa ou absoluta. A impossibilidade relativa é aquela relacionada ao conhecimento humano, no tempo e no espaço. Já a impossibilidade absoluta é aquela cuja existência contradiz uma indução completa.

Gize-se, no ponto, que a impossibilidade de produção probatória pode ser medida tanto no âmbito objetivo quanto no âmbito subjetivo. A primeira diz respeito a dificuldade que decorre do direito material em si, e a segunda diz respeito à condição particular da parte, que torna difícil a desincumbência do ônus. Ou seja, a dificuldade pode ser medida em mais de um aspecto, devendo, assim, ser analisada em concreto.

Independentemente de ser objetiva ou subjetivamente difícil, em geral os fatos considerados impossíveis são ou indeterminados ou indefinidos. Em outras palavras, o fato,

---

<sup>69</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 253.

<sup>70</sup> LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba em derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz. 1897, v.1, p. 175.

para ser objeto de prova, deve possuir características que o distingua de outros semelhantes, ou seja, ser determinado e definido, até para que o magistrado possa verificar a presença dos demais requisitos, da relevância e controvérsia<sup>71</sup> Nessa conjuntura, como regra geral, estabelece-se que não cabe prova de fato negativo indefinido, impossibilidade essa que deriva não do fato de ser negativo, mas do fato de ser indefinido<sup>72</sup>. Isso será melhor analisado no próximo tópico do presente capítulo.

No ponto, importante mencionar que, não preenchendo a prova os requisitos quanto ao objeto, pode o magistrado, à vista de equilibrar os interesses das partes, indeferir-la. Isso porque, é necessário que se busque uma forma de equilibrar a segurança jurídica necessária e a duração razoável do processo, de forma a respeitar tanto o direito à duração razoável do processo quanto o direito à prova<sup>73</sup>. Assim, a duração razoável do processo, que figura como direito fundamental previsto no art. 5, inc. LXXVIII<sup>74</sup>, da CF/88, impõe que a fase de instrução não se protele em demasia no tempo.

É possível, dessa forma, concluir que o legislador adotou, como regra, o princípio da economia processual e da máxima eficiência, no sentido de que tudo que é inútil deve ser evitado. Até porque, por lógica, não faria qualquer sentido dilação probatória acerca de fato que é evidente ou fato sobre o qual não há qualquer divergência. Nesse sentido, se o processo é um instrumento, seria “futilidade imprópria”<sup>75</sup> admitir dilação probatória acerca de fatos que nenhuma relação de pertinência lógica ou histórica guarde com o direito material em lide<sup>76</sup>.

O objeto da prova, portanto, não deve ser notório, incontroverso ou sobre ele militar presunção legal absoluta. Também não podem ser objeto de prova os fatos desnecessários à lide, ineficazes, irrelevantes, indefinidos, indeterminados ou contrários à moral e bons costumes. Ademais, o objeto da prova deve ser admissível, pertinente, contundente. Por fim,

---

<sup>71</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória). 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 244

<sup>72</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 1983, p. 257.

<sup>73</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredier. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 77.

<sup>74</sup> Art. 5, inc. LXXVIII, da CF/88. *A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

<sup>75</sup> MONTEIRO, João. **Processo civil e comercial**, 1912, § 126, nota 1.

<sup>76</sup> MONTEIRO, João. **Processo civil e comercial**, 1912, § 126, nota 1.

tem-se que, a despeito da dificuldade probatória, que, conforme se verá melhor adiante, deve ser tutelada, o fato deve ser possível. No próximo tópico se analisará mais especificamente a prova impossível ou muito difícil, também chamada de diabólica, e que, conforme visto, não se confunde com prova de fato impossível.

### 2.3 – A PROBLEMÁTICA DA PROVA DIABÓLICA

Assentados os conceitos de direito à prova, prova e objeto da prova, podemos conceituar prova diabólica, também chamada de prova difícil<sup>77</sup>, como aquela de impossível ou muito difícil produção<sup>78</sup>, não sendo qualquer meio capaz de permitir a demonstração do fato alegado<sup>79</sup>. Assim, prova diabólica é aquela que, independente do motivo, é de produção extremamente difícil para a parte que estava incumbida do ônus<sup>80</sup>.

Nesse sentido, importante mencionar o entendimento de Lluís Munõz Sabaté<sup>81</sup> que distingue prova impossível de prova difícil. De acordo com o autor, a prova só é impossível quando se refere a um fato impossível, ou ao menos um fato tido como impossível de acordo com os conhecimentos atuais, ou quando por algum motivo a prova tiver sido perdida por completo. Já as provas que se referem a outros fatos, que não são impossíveis, mas dão uma sensação de impossibilidade, são, em verdade, as provas difíceis, ou provas antieconômicas, também chamada de prova diabólica, que requerem uma tutela jurídica especial.

---

<sup>77</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 149-171. ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 177.

<sup>78</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12 ed. – Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 117.

<sup>79</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças preexistentes e ônus da Prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. *Revista Dialética de Direito Processual*. – São Paulo: Dialética, n. 31, 2005, p. 12

<sup>80</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredier. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 177.

<sup>81</sup> SABATÉ, Lluís Muñoz Sabaté. **Introducción a la probática**. Colección de formación continua Facultad de Derecho ESADE, 2007, p. 36-37.

Por derradeiro, importante frisar o posicionamento de Humberto Dalla Bernardina de Pinho<sup>82</sup>, que, em sentido contrário à posição de Lluís Muñoz Sabaté<sup>83</sup>, assevera que diferenciar a expressão impossibilidade da expressão excessiva dificuldade é tarefa difícil e desnecessária, de forma que poderia ter o legislador utilizado apenas a segunda expressão. Ou seja, para o autor, as expressões poderiam ser utilizadas indistintamente.

Conforme classificam Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis<sup>84</sup>, a dificuldade de provar um fato equivale a dificuldade de criar uma convicção do juízo de coincidência entre o fato alegado em juízo e a realidade<sup>85</sup>. Nesse sentido, entende Michele Taruffo<sup>86</sup> que a maior parte dos casos considerados difíceis são assim entendidos porque o fato alegado é difícil de resolver e as provas produzidas são imprecisas.

Quanto ao âmbito da dificuldade, tem-se firmado posicionamento de que a dificuldade deva ser de natureza informacional, não bastando hipossuficiência econômica<sup>87</sup>. Nesse sentido, pontua-se que já existem mecanismos para promover a igualdade econômica, como a gratuidade judiciária, de forma que não caberia à decisão de mérito sanar referidas dificuldades, pois estar-se-ia desvirtuando o instituto da inversão do ônus da prova<sup>88</sup>.

Todavia, existem alguns autores, como como Hugo Nigro Mazzilli<sup>89</sup>, entendem que dentre os fatos ensejadores da dinamização do ônus estaria também a vulnerabilidade

---

<sup>82</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15.** – São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 962, dez. 2015 p. 153-170.

<sup>83</sup> SABATÉ, Lluís Muñoz Sabaté. **Introducción a la probática.** Colección de formación continua Facultad de Derecho ESADE, 2007, p. 36-37.

<sup>84</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova.** Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 5.

<sup>85</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova.** Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 5.

<sup>86</sup> TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 132

<sup>87</sup> ROQUE, Nathaly Campitelli. **Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo código de processo civil.** In SARRO, Luís Antônio Giampaulo. **Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil.** – São Paulo: Rideel, 2014, p. 229-234. No mesmo sentido, Enunciado 6 do CEAPRO: “A hipossuficiência justificadora da atribuição do ônus da prova é a informativa e não a econômica (art. 373) – Centro de estudos avançados em processo. **Enunciados novo CPC.** Disponível em <http://www.ceapro.org.br/enunciados.html>. Acesso em 22 de setembro de 2018.

<sup>88</sup> FERREIRA, William Santos. **Das provas e da ata notarial.** In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, coord. DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários do código de processo civil.** 1. ed. – São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015 [digital].

<sup>89</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 20 ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176

econômica. Em outras palavras, há quem defenda que a dificuldade de custear a prova, ou seja, a vulnerabilidade econômica, poderia ensejar a dinamização do ônus.

Há que se considerar, ademais, que a parte pode se deparar no processo tanto com provas subjetivamente difíceis quanto com provas objetivamente difíceis<sup>90</sup>. A dificuldade subjetiva é aquela decorrente da condição de parte, ou seja, nesse caso, a dificuldade não deriva da situação de direito material ou do objeto do litígio, mas de situação pessoal da parte que lhe torna impossível demonstrar a veracidade do alegado<sup>91</sup>, de forma que, conforme defende Paula Costa e Silva<sup>92</sup>, a dificuldade pode ser graduada em termos relativos para cada indivíduo.

Já as objetivamente difíceis dizem respeito às dificuldades inerentes ao fato, que possibilita a utilização de métodos de diminuição no grau de certeza necessário<sup>93</sup>, de forma que o magistrado deve contentar-se, nesses casos, com convicção de verossimilhança. São casos em que, em que pese a dilação probatória, o direito material *per si* demonstra que não se pode exigir mais que uma probabilidade<sup>94</sup>. Ou seja, no processo civil, a graduação da força é medida por *standards* de prova<sup>95</sup>.

O *standard*, de tal modo, é uma racionalização do princípio da valoração da prova. A partir dessa ideia, por exemplo, define-se que quando sobre um fato existir provas contraditórias entre si, o magistrado deve sopesá-las e fazer uma escolha em favor daquela que pareça mais provável<sup>96</sup>. De tal modo, a valoração da prova é instrumento que auxilia na determinação do valor probatório de cada meio de prova em relação aos fatos alegados, e tem por objeto estabelecer convicção a respeito<sup>97</sup>.

---

90 SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013., p. 149 e ss.

91 JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 920

92 SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 149-170.

93 *Ibidem*.

94 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 280.

95 SABATÉ, Lluís Muñoz Sabaté. **Introducción a la probática**. Colección de formación continua Facultad de Derecho ESADE, 2007, p. 44.

96 TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 137-138.

97 TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 137-139.

Observe-se, todavia, que, como regra, não há hierarquia entre os meios de prova. Excepcionalmente, porém, pode-se falar em “tarifação das provas”, para os casos em que o magistrado não atingiu o convencimento pelos meios de prova à disposição: nesses casos a própria legislação atribui uma tarifação à essa prova.

Quando a dificuldade for subjetiva, ou seja, for particular da parte a quem incumbe o ônus estático, seria possível, conforme será visto no capítulo seguinte, sua inversão, pois cabe a quem tem melhores condições para tanto provar<sup>98</sup>. Por exemplo, na proposição de ação de alimentos, a dilação probatória interessa a ambas as partes, haja vista que a comprovação da necessidade do alimentando e a capacidade do alimentante interessa a ambos, podendo, contudo, a prova ser *in concreto* acessível para uma delas e difícil para outra, de forma que, nesses casos, pode-se dinamizar o ônus, a fim de combater a prova diabólica<sup>99</sup>.

Por outro lado, a dificuldade pode ser objetiva, quando atingir igualmente a ambas as partes, e, então, a “superação não poderá ser buscada pela técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova”<sup>100</sup>, pois, ao fazê-lo, estar-se-ia imputando o ônus de produzir prova diabólica a parte adversa, ou seja, de antemão decretando sua derrota processual. Esse limite foi imposto pelo legislador, positivado pelo § 2 do art. 373 do CPC/15<sup>101</sup>, mas a doutrina vem excepcionando com fundamento na assunção do risco e no risco da atividade, o que será melhor visto no capítulo seguinte desse trabalho.

Embora muitas vezes confundida com as provas de fato negativo<sup>102</sup>, ou seja, a prova de que algo não ocorreu<sup>103</sup>, a prova diabólica nem sempre corresponde à prova de um fato negativo, pois a prova diabólica não se restringe à prova do fato negativo, e nem todo fato

<sup>98</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 177.

<sup>99</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo civil – Brasília: ESMPU, 2016, p. 257.

<sup>100</sup> “Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria” (STJ, REsp 619.148/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ac. 20.05.2010, DJe 01.06.2010).

<sup>101</sup> Art. 3, § 2, do CPC/15. *A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.*

<sup>102</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 178-179.

<sup>103</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. Revista Dialética de Direito Processual – São Paulo: Dialética, n. 31, 2005, p. 12

negativo é impossível de ser provado<sup>104</sup>. A título de exemplo, provar uma relação contratual (ou seja, a prova de um fato positivo) poderia ser uma prova diabólica, a depender do caso concreto.

Em caso hipotético, por exemplo, no qual a parte contratante não recebeu uma via do contrato firmado, o que é comum nos contratos de adesão, a prova poderia configurar-se diabólica. Nesse sentido, admite-se a aplicação da dinamização em casos em que a parte autora alega não ter contratado o serviço cobrado e tal prova mostra-se diabólica, porque os registros de contratação pertencem a empresa<sup>105</sup>.

Por outro lado, produzir prova de que não se possui dívidas fiscais (ou seja, prova de fato negativo) seria possível por meio de emissão de certidão negativa de débitos fiscais. Vê-se, assim, que, em alguns casos, a prova do fato negativo não configura prova diabólica e em alguns casos a prova do fato positivo poderia ser considerada diabólica<sup>106</sup>.

Pode-se, desse modo, afirmar que provas diabólicas não correspondem necessariamente às provas de fatos negativos, até porque, como regra geral, apenas os fatos absolutamente negativos, ou seja, afirmações de um não fato, indefinido no tempo ou no espaço, são insuscetíveis de prova. Os fatos negativos relativos, por outro lado, que são as afirmações de não fatos, definido no tempo ou no espaço, justificado pela ocorrência de um fato positivo, o ônus da prova incidiria sob quem alegou, visto que poderia ser provado, por exemplo, pela apresentação de álibis<sup>107</sup>.

A vedação de prova diabólica, dessa forma, não é apenas aplicável a situações em que a prova a ser produzida refere-se a fato negativo, acerca dos quais hoje já se consolidou o entendimento de que devem ser provados<sup>108</sup>. Inclusive, frise-se que, “via de regra, toda

---

<sup>104</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 179.

<sup>105</sup> RI 71001274430, 3ª Turma Recursal Cível, Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, unânime, j. em 10.7.2007, pub. DJ 13 jul. 2007.

<sup>106</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 877.

<sup>107</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 134.

<sup>108</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 32 e 33.

afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa”<sup>109</sup>, de forma que, em não sendo possível a prova da afirmação negativa, poder-se-ia provar a afirmativa correspondente.

No ponto, importante frisar a diferença entre negação do fato e fato negativo. O primeiro em geral não reclama prova de quem alega. Já o fato negativo, que figura como fato constitutivo de um direito, tem a prova exigida muitas vezes por lei<sup>110</sup>, como é o caso da prova de que não está em débito com o fisco, possível de ser produzida por meio da emissão de certidão negativa fiscal, conforme supra exemplificado.

São exemplos de prova de fato negativo constitutivo de um direito, clássico exemplo de prova diabólica, a prova do não uso, por 10 anos, exigida para extinção da servidão, conforme previsão do art. 1.389, inc. III, do CC<sup>111</sup>. Ainda, a necessidade de dilação probatória acerca da omissão culposa, em matéria de responsabilidade civil, conforme previsão dos arts. 186 e 927 do CC<sup>112</sup>, bem como com a prova de dano de lucros cessantes ou danos futuros<sup>113</sup> são também exemplos em que a prova de fato negativo constitutivo é tida como impossível.

Nesse sentido, Arruda Alvim<sup>114</sup> afirma que, quanto aos fatos relativamente negativos, o ônus seria de ambas as partes, o que é refutado por Fredie Didier Jr<sup>115</sup>. Para o autor, todo o *onus probandi* deve ser unilateral, não havendo falar em ônus compartilhado como regra de julgamento. Dessa forma, deve o juiz ou manter o ônus estático da prova ou, percebendo desigualdade processual entre as partes, pois a parte adversa estaria em melhores condições para a dilação probatória, distribuir dinamicamente o ônus da prova, para que a parte adversa prove, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo correspondente.

---

<sup>109</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. – São Paulo: Saraiva, v.2, 1969, p. 377.

<sup>110</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 906.

<sup>111</sup> Art. 1.389 do CC. *Também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção: [...] III - pelo não uso, durante dez anos contínuos.*

<sup>112</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 906.

<sup>113</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 8.

<sup>114</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 495.

<sup>115</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 118 – 119.

Por exemplo, em ações que tenham por objeto dano ambiental, a prova de que não fora produzido dano pode ser configurada como uma prova diabólica, mas, por outro lado, é mais fácil para o legitimado ativo demonstrar a ocorrência do dano, ou seja, demonstrar o fato positivo correspondente<sup>116</sup>.

Assim, a prova diabólica, como visto, não se limita a prova de fato negativo, são diversas as hipóteses de incidência. É, dessa forma, necessário que se analise sempre de acordo com a perspectiva do caso concreto, porque algumas situações específicas do direito material podem requerer flexibilização do ônus estático da prova<sup>117</sup>.

A prova diabólica, pode restar, por exemplo, configurada nas situações em que o universo de fatos a ser provado é demasiadamente vasto. Nessas situações, exigir a prova de todos os fatos alegados individualmente considerados torna a dilação probatória uma tarefa custosa, demorada e até mesmo irracional, que repercute em um esvaziamento do “direito substantivo litigioso” e representa uma colisão com o princípio do processo equitativo, pois jamais poderia o processo ser considerado equitativo se a realização de prova essencial se mostrasse diabólica<sup>118</sup>.

É exemplo a prova exigida ao autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel, visto que se trata de pressuposto desse tipo de usucapião a produção da referida prova<sup>119</sup>. Em casos como esse, como será visto no capítulo seguinte, seria cabível a dinamização do ônus, determinando-se que a parte adversa prove que o autor é proprietário de outro imóvel.

Também é comum a configuração da prova diabólica, devido ao universo de fatos a ser provado ser demasiadamente vasto, no contexto da propriedade industrial, quando é necessária a verificação de similitude entre marcas. Ainda que se verificasse a opinião de um

---

<sup>116</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo Civil – Brasília: ESMPU, 2016, p. 258.

<sup>117</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 183.

<sup>118</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 8.

<sup>119</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2015, p. 114.

grupo de consumidores médios como meio de prova, esse universo é restrito e, por isso, talvez não seja fidedigno. Seria, portanto, uma prova diabólica, haja vista que ainda que se colhesse a opinião de alguns consumidores, provar que a opinião da universalidade de consumidores corresponde a opinião do grupo restrito é impossível<sup>120</sup>.

Ademais, a prova diabólica também pode ser configurada quando a prova a ser produzida refere-se a fatos ocorridos em ambientes privados ou de restrito acesso<sup>121</sup>, haja vista que, por o local estar inacessível e, portanto, a parte não ter acesso a prova que corrobora a sua alegação, a prova seria de impossível produção. Nesse sentido, ainda sob a vigência do CPC/73, já decidia o STJ, que aplicava a teoria dinâmica em casos de erro médico, em que ninguém além do médico teria como provar o que aconteceu na sala de cirurgia<sup>122</sup>.

Frise-se, no ponto, posicionamento do o STJ, também sob a vigência do CPC/73, de que havia o dever da parte demandada de apresentar o *videotape* que comprovava o fato alegado pelo autor, que, no caso, alegava que teria completado a cartela de números sorteados. Ao caso, assim, aplicou-se a dinamização do ônus, haja vista que a prova do alegado pelo demandante estava em posse da demandada<sup>123</sup>.

Importante ressaltar, por outro lado, que existem limites ao dever de produzir provas. Por exemplo, o direito fundamental à vida privada, no sentido de que as pessoas têm direito de viver sem ter sua vida privada molestada pelo Estado ou terceiro e, também, o direito fundamental a integridade física e psíquica, no sentido de que não é possível submeter alguém a exame que envolva o próprio corpo<sup>124</sup>. Nesse sentido é posicionamento do STF, que entende que a submissão a exame de DNA sem a concordância do examinado atinge

---

<sup>120</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 9.

<sup>121</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 157.

<sup>122</sup> STJ, REsp 69309/SC, 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. em 18.6.1996, pub. DJ 26 ago. 1996, p. 29688.

<sup>123</sup> STJ, REsp 316316/PR, 4ª Turma., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. em 18.9.2001, pub. DJ 12 nov. 2001, p. 156.

<sup>124</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 119-120.

direito de personalidade de não querer tirar sangue, mas que ao negar-se correria, obviamente, a presunção de paternidade<sup>125</sup>.

Dessa forma, vê-se que a doutrina já vinha aplicando a dinamização e, mesmo sob a vigência do CPC/73 essa teoria apresentava baixa rejeição. Nesse sentido, frise-se que inclusive já havia no Brasil, à época do CPC/73, discussão acerca da inconstitucionalidade da manutenção estática do ônus nos casos em que essa distribuição se mostrasse inadequada. Isso culminou na positivação dessa pelo CPC/15<sup>126</sup>, o que será melhor analisado no capítulo seguinte.

Além de fatos restritos, os fatos muito antigos que dependem de oitiva de testemunha também se mostram inacessíveis, ou seja, podem, conforme o caso, restar configurados diabólicos. Isso porque, tais fatos ficam submetidos a erosão da memória no decorrer do distanciamento temporal entre o fato a ser provado e oitiva e também a perda da memória decorrente do avanço da idade<sup>127</sup>.

Outra circunstância que pode configurar prova diabólica é o comportamento improbo da parte adversa, que se aproveita da hipossuficiência da parte adversa, seja econômica, técnicas ou mesmo informacional para obstar a demonstração da verdade por essa lhe ser prejudicial<sup>128</sup>. Ante a esse comportamento da parte ofensivo à boa-fé, conforme será melhor visto no próximo capítulo, pode o magistrado realizar a dinamização do ônus<sup>129</sup>.

Tem-se, assim, que diversas são as ocorrências de prova diabólica no processo civil. Isso porque, muitas vezes, a prova a ser produzida, essencial para corroborar a tese despendida pela parte e, de tal modo, para o correto deslinde do feito, é de difícil ou

<sup>125</sup> Nesse sentido o STF, HC 76.060, 1ª Turma, j. 31.03.1998, Rel. Min Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.1998 e STF, RLC 2.040/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002, DJU 27.06.2004 p. 31 e STF, HC 71.373/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, DJ 22.11.1996, p. 45.686, Ement. v. 1851-2, p. 397.

<sup>126</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo civil – Brasília: ESMPU, 2016, p. 293.

<sup>127</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 6.

<sup>128</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie, 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 185.

<sup>129</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 912.

impossível produção, sendo que algumas dessas, inclusive, são exigidas pela própria legislação competente, como a referida prova do não uso.

Portanto, tendo em vista as diversas hipóteses de configuração da prova diabólica, fez-se necessário a criação de um instituto que vise mitigar as dificuldades probatórias que, se não combatidas, poderiam gerar violação ao princípio do equilíbrio de armas, haja vista a hipossuficiência probatória de uma das partes, o que dificultaria até mesmo o acesso à justiça. Tutela-se, assim, a “desvantagem processual”, relacionada ao aspecto subjetivo do ônus da prova, ligada especialmente a situações de hipossuficiência de alguma das partes em face da outra<sup>130</sup>.

---

<sup>130</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55.

### 3 – DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL PARA A PROBLEMÁTICA DA *PROBATIO DIABOLICA*

No presente capítulo será analisada uma solução possível para a problemática da *probatio diabolica*: a dinamização do ônus da prova. Para tanto, será feita uma análise acerca do ônus da prova e da possibilidade de dinamizá-lo, com o objetivo de delimitar a esfera de aplicação da dinamização do ônus da prova e, assim, definir o seu escopo no âmbito do CPC/15. Após referida análise, será discorrido sobre a prova diabólica como um pressuposto positivo para a dinamização, bem como sobre o pressuposto negativo da prova diabólica reversa.

#### 3.1 – O ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15

A normatização acerca do ônus da prova apresenta significativa importância para Estado Democrático de Direito, o qual, baseado no princípio da cooperação, preconiza a real participação das partes na formação da convicção judicial<sup>131</sup>. Desse modo, tendo em vista que “o direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva engloba necessariamente o direito também fundamental à igualdade substancial e à prova”<sup>132</sup>, o direito à instrução probatória é direito fundamental, que deve ser assegurado.

A primeira teoria acerca do ônus da prova é atribuída à Giovanni Brunetti<sup>133</sup>, datada de 1906, que afirmava que haviam certas ações que o homem “deve realizar (mesmo que não sejam impostas pela norma jurídica) se quer produzir determinados resultados jurídicos ou evitar outros”. Entre outras divergências, critica-se as ideias de Giovanni Brunetti no sentido

---

<sup>131</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 903-904.

<sup>132</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 214.

<sup>133</sup> BRUNETTI, Giovanni. *Il Delitto Civile*. Firenze: Bernardo Seeber, 1906. p. 405, *apud* RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 58.

de que as normas jurídicas atribuem ônus ou deveres, mas as normas por si só não configuram ônus ou deveres<sup>134</sup>.

Para Francesco Carnelutti<sup>135</sup>, por outro lado, o ônus é “uma faculdade, cujo exercício é necessário para o atingimento de um interesse”. Assim, ônus e dever possuiriam em comum o “elemento formal, consistente no vínculo à vontade”, de forma que a diferença entre os conceitos consistiria na diferença de interesse: no dever, o vínculo à vontade seria imposto para a tutela de um interesse alheio, e, no ônus, para a tutela de um interesse próprio. Assim, se poderia chamar o dever de ato devido, e o ônus de ato necessário.

Giacomo Gavazzi<sup>136</sup>, por sua vez, conceituou ônus como “uma técnica sutil e certamente menos autoritária do que o dever, para que as pessoas façam ou não façam certas coisas, conservando, ainda, a sensação, indubitavelmente agradável, de serem livres”. Retira-se, assim, do ônus o aspecto subjetivo.

Importante também, no ponto, mencionar o entendimento de Candido Rangel Dinamarco<sup>137</sup>, que classifica o ônus da prova como “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”. Ou seja, para o autor, o ônus seria um encargo.

Já o entendimento de Eduardo Couture<sup>138</sup> é de que o ônus da prova é “a exigência feita pelo legislador, a um, ou a ambos os litigantes, de que demonstrem a verdade dos fatos por eles alegados”. Assim, como se vê, o autor afirma tratar-se de “exigência legislativa”, cabendo às partes desincumbir-se dessa exigência.

---

<sup>134</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O Novo Processo Civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 59.

<sup>135</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile. Funzione e Composizione del Processo*, v. I – Padova: Cedam, 1936, p. 55.

<sup>136</sup> GAVAZZI, Giacomo L’Onere. *Tra la Libertá e L’Obbligo*. Torino: Giappichelli, 1970, p. 83-84, *apud* RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O Novo Processo Civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 64-65.

<sup>137</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. v. III. – São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

<sup>138</sup> COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do direito processual civil**, trad. SOUSA, Rubens Gomes de. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 162.

Ressalte-se, ademais, a opinião de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart<sup>139</sup>, que asseveram que se equivoca a doutrina que classifica o ônus como espécie do dever, pois o ônus é um poder. Esse poder, todavia, conforme afirmam, é diverso do poder decorrente de um direito subjetivo, porque o titular “possui uma ‘pretensão’ ao comportamento de outrem, que suporta o correlato dever jurídico específico de comportamento”.

Moacyr Amaral dos Santos<sup>140</sup>, por sua vez, afirma ser o ônus “dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes”. Ou seja, haveria interesse das partes em se desincumbirem do ônus que sobre si recai, visto que o deslinde do feito dependeria da prova do alegado.

Nesse sentido, frise-se que a legislação não determina a quem incumbe o ônus da produção probatória, mas apenas especifica quem assumirá o risco caso essa não seja devidamente produzida. Dessa forma, não existe um dever de provar ou um direito de exigir a prova do adversário, mas sim um ônus, de modo que a parte que não provar as alegações feitas, se delas dependerem a existência do direito subjetivo que pretende resguardar por meio da tutela pleiteada, assume o risco de perder a causa<sup>141</sup>.

Ocorre que, normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância<sup>142</sup>. Ou seja, em que pese não se trate de um dever, a parte sob a qual recai o ônus tem interesse em desincumbir-se desse, a fim de que reste demonstrado em juízo os fatos que alega, o que se mostra essencial para o adequado deslinde do feito.

Gize-se, ademais, a corroborar o entendimento, que quando a norma impõe um dever, ela define desde logo quem ficará obrigado a repará-lo. Relativamente ao ônus, porém, o descumprimento gera apenas sanção processual. Em que pese não se possa falar em sanção

---

<sup>139</sup> MARINONI, Luiz Guilherm; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p 178.

<sup>140</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. II. 27 ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo, Saraiva, 2011, p. 388.

<sup>141</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 901.

<sup>142</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12 ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 123.

em casos de atribuição de ônus, há um encargo e, caso a parte opte por não o cumprir, sabe de antemão as consequências<sup>143</sup>.

Ademais, importante ressaltar que, conforme defende Vitor de Paula Ramos<sup>144</sup>, o ônus atribuído diz respeito ao risco pela insuficiente corroboração dos fatos, ou seja, nada mais é que “critério de desempate”. Assim, a previsão legal acerca de a quem incumbe o ônus é uma ordenação do legislador dirigida ao magistrado no sentido de que esse, quando esgotada a produção de prova, proceda o julgamento não mais de acordo com a busca da verdade, mas de acordo com o critério legal preestabelecido<sup>145</sup>.

Por exemplo, restasse provada a tese de Paulo de que Pedro o bateu, seria aplicável o art. 927 do CC<sup>146</sup>, que determina que aquele que causar dano deve indenizar, ou seja, incidiria uma regra de direito material<sup>147</sup>. Não havendo elementos suficientes, todavia, recorre-se às teorias quanto ao ônus da prova. A deliberação acerca do ônus, portanto, é uma racionalidade, um meio de julgar quando houver dúvida, que não se preocupa tanto com a justiça da decisão, mas com a construção de um raciocínio<sup>148</sup>.

De tal modo, ao prever a quem incumbe o ônus da prova o legislador está valorando racionalmente e, assim, desistindo da busca da verdade, optando por alocar o risco pela insuficiência probatória a uma ou outra parte<sup>149</sup>. Ou seja, estivessem os fatos suficientemente corroborados, seriam aplicáveis as regras de direito material, e, assim, não seria necessário

<sup>143</sup> CUNHA, Maurício Ferreira. **Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016, p. 312.

<sup>144</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Mitidiero; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 124.

<sup>145</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125.

<sup>146</sup> Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

<sup>147</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 127.

<sup>148</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 83.

<sup>149</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 126.

verificar a quem a lei atribui o ônus, mas, em casos de insuficiente corroboração fática, seria necessário verificar a quem o legislador atribuiu o ônus<sup>150</sup>.

Frise-se, contudo, que, em que pese a alocação de risco de certa forma signifique a desistência da busca pela verdade, ao determinar que as partes aportem ao processo certas provas, ou seja, retirando a faculdade das partes de instrução e tornando um ônus, o processo passa a poder ter seu material probatório mais completo. Com a maior instrução probatória, assim, ocorre, na verdade, maior proximidade da verdade<sup>151</sup>, podendo-se, nesse sentido, falar na existência de uma ligação teleológica entre prova e verdade.

Quanto à classificação do ônus da prova, tem-se que esse pode ser classificado de acordo com o aspecto objetivo e de acordo com o aspecto subjetivo. Há quem defenda que o ônus da prova seria objetivo, e há também quem defenda o aspecto subjetivo<sup>152</sup>. Importante, entretanto, de pronto, frisar que em que pese a distinção entre ônus objetivo e subjetivo, as conceituações não se excluem<sup>153</sup>.

O ônus objetivo é tido como regra de julgamento, a ser utilizada quando, após a produção de provas, o magistrado permanecer em dúvida quanto ao julgamento da lide, em situação de “impossível esclarecimento”<sup>154</sup>. Ou seja, o ônus probatório exerce função objetiva na fase decisória, ocorrendo o juízo relativamente à insuficiência probatória na fase antecedente, de valoração da prova<sup>155</sup>. Desse modo, em caso de insuficiência probatória, o

---

<sup>150</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 127.

<sup>151</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 128.

<sup>152</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 217.

<sup>153</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 217-218.

<sup>154</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. – São Paulo: Editora RT, 2015, v. 2, p. 261.

<sup>155</sup> CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016, p. 198-199.

magistrado deverá utilizar o ônus como regra de julgamento e, assim, decidir desfavoravelmente à parte que não se desincumbiu<sup>156</sup>.

O ônus da prova subjetivo, por outro lado, é aquele dirigido às partes<sup>157</sup>. No sentido subjetivo, o ônus da prova é uma tentativa legislativa de enriquecimento do material probatório, que visa instruir o processo com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial, figurando como verdadeiro critério de decisão<sup>158</sup>.

Assim, o ônus da prova pode figurar como critério de julgamento, dirigido ao magistrado, informando-o como deve julgar quando as provas não são suficientes para a formação de convicção, e também como critério de organização da atividade probatória, informando às partes acerca de sua responsabilidade na dilação probatória e formação da convicção do decisor<sup>159</sup>. Isso é relevante porque, conforme afirma Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis<sup>160</sup> o juiz não pode não decidir o caso em lide, ainda que considere insuficiente a prova colhida, sob pena de incorrer em *non liquet*<sup>161</sup>.

O direito processual, assim, precisa prever mecanismos que visem solucionar o conflito nas situações de provas difíceis, ou seja, prever recursos que possibilitem maior completude do material probatório<sup>162</sup>. Isso porque, com o aprofundamento da dilação

<sup>156</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 279. CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório **Coleção grandes temas do novo CPC**. Editora Jus Podivm, 2016, p. 199.

<sup>157</sup> CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. **Coleção grandes temas do novo CPC**. Editora Jus Podivm, 2016, p. 199.

<sup>158</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. *Revista de Processo*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 6.

<sup>159</sup> CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. **Coleção grandes temas do novo CPC**. Editora Jus Podivm, 2016, p. 198.

<sup>160</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. *Revista de Processo*. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 6.

<sup>161</sup> Nesse sentido, importante mencionar o significado de *non liquet*, que é a vedação, dirigida ao magistrado de, mesmo em caso de dúvida invencível, ou seja, dúvida decorrente de contradição ou de insuficiência probatória, eximir-se de decidir a lide (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**, v. 1. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 345).

<sup>162</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. II. **Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 227

probatória há um aumento tendencial da corroboração das hipóteses fáticas, o que propicia melhor apuração fática, maior acuidade do processo na busca da verdade e, assim, favorece a tomada de decisões mais justas<sup>163</sup>. É esse, basicamente, o objetivo do ônus da prova: o de permitir uma decisão mais acertada nos casos em que configurada prova difícil ou diabólica<sup>164</sup>.

Quanto à distribuição do ônus da prova, tem-se que a regra adotada pelo CPC/15 é a forma estática, visto que expressamente consignou a quem caberia o ônus da prova: ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. No ponto, importante frisar a relevância do estabelecimento de regra geral, que traz segurança jurídica, visto que as partes conhecem, desde o princípio, as “regras do jogo”<sup>165</sup>.

A distribuição estática do ônus da prova é considerada clássica no *civil law*, que acreditava que a distribuição estática propiciaria aumento do material probatório. Nesse contexto, acreditava-se que a melhora de qualidade do conjunto probatório não seria necessária, pois a insuficiência probatória não era vista como um prejudicial considerável na busca de uma decisão justa, já que inclusive ante a parca instrução probatória seria possível formar certo grau de convicção, o que seria suficiente para satisfazer os parâmetros argumentativos<sup>166</sup>. No Brasil, tal regulação estava prevista no art. 333, I e II do CPC/73<sup>167</sup>, e foi adotada pelo art. 373, *caput*, do CPC/15<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 50.

<sup>164</sup> ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização**, coord. DIDIER JR, Fredie Jr. 2 ed. – Salvador, Juspodivm, 2016, p. 80. PEYRANO, Jorge W. **La carga de la prueba como norma de clausura del sistema**, org. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. – São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>165</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira, coord. geral DIDIER JR, Fredie. **Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC**. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 229.

<sup>166</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 77.

<sup>167</sup> Art. 333 do CPC/73. *O ônus da prova incumbe:*  
*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*  
*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

<sup>168</sup> Art. 373, *caput*, do CPC/15. *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.*

Essa concepção parte do pressuposto de que “as partes litigiam em condições equânimes de acesso à prova, de maneira que os encargos em questão seriam objeto de repartição legal equilibrada”<sup>169</sup>. Todavia, conforme defende Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>170</sup>, “servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material”. Dessa forma, ainda que a regra geral, conforme previsão legislativa, seja a do ônus estático, é preciso que se analise em concreto se a manutenção do ônus estático não estaria configurando desigualdade processual das partes.

Nesse contexto, surge a teoria da dinamização<sup>171</sup> do ônus probatório, que tem origem jurisprudencial e foi desenvolvida, em um ambiente de desigualdade processual, por Jorge Peyrano<sup>172</sup>. Dessa forma, vê-se que, ainda quando inexistia previsão legal, a doutrina, e também a jurisprudência, já defendiam a possibilidade de conformação do ônus da prova a situação do caso concreto<sup>173</sup>.

Anteriormente a positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC/15 havia no Brasil discussão acerca da inconstitucionalidade da manutenção da distribuição estática nos casos em que restasse demonstrada sua inadequação ao caso concreto, de forma que se falava na possibilidade de, mesmo sem alteração do CPC/73,

---

<sup>169</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 908-909.

<sup>170</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

<sup>171</sup> No ponto, importante mencionar que há autores, como Artur Thompsen Carpes, que diferenciam inversão do ônus da prova de dinamização do ônus da prova. Para referido autor, o ônus seria distribuído fixamente pelo legislador e vicissitudes posteriores o levam à inversão do ônus da prova, como é o caso do art. 6º, VIII, do CDC, enquanto a dinamização, porém, teria origem no direito material. Frise-se, contudo, que não há consenso na doutrina quanto à diferenciação de inversão e dinamização. Sérgio Cruz Arenhart, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, em contraposição ao entendimento de Artur Thompsen Carpes supra exposto, descartam essa distinção, tratando, dessa forma, da inversão e da dinamização de forma indistinta. No presente trabalho, as expressões serão usadas indistintamente (CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. **Direito probatório**. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016, p. 199. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 280.)

<sup>172</sup> PEYRANO, Jorge W. **Nuevos rumos de la doctrina de la cargas probatorias dinámicas**. – São Paulo: Revista de Processo, n. 217, mar. 2013, p. 222.

<sup>173</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Reflexões sobre o novo código de processo civil** – Brasília: ESMPU, 2016, p. 284.

realizar uma “conformação constitucional do procedimento probatório”<sup>174</sup>, o que estaria em conformidade com a razoabilidade. Tais debates, porém, perderam o objeto com a entrada em vigor do CPC/15, que expressamente previu a possibilidade de dinamização do ônus da prova<sup>175</sup>.

Importante ressaltar que referida teoria, em que pese no âmbito do processo civil tenha sido positivada apenas com o CPC/15, fora inicialmente adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, de 1990, que expressamente previu a possibilidade de dinamização do ônus probatório, conforme previsão do art. 6, inc. VIII do CDC<sup>176</sup>. A inversão do ônus da prova contemplada pelo CDC, todavia, não se mostra suficiente para solucionar todos os casos, pois apenas incide sob relações de consumo, em benefício do consumidor e quando ocorrida alguma das hipóteses autorizadoras<sup>177</sup>.

Nesse contexto, frise-se que embora no direito do consumidor haja presunção de desequilíbrio das partes, a presença de desequilíbrio entre as partes não é exclusividade das relações consumeristas. As desigualdades não precisam ser econômicas, tampouco financeiras, pois “para fins de inversão do *onus probandi*, dentro da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, basta que uma das partes tenha melhores condições de provar os fatos juridicamente relevantes e pertinentes que o adversário”<sup>178</sup>.

Tem-se, desse modo, que a positivação da possibilidade de dinamização do ônus na Lei 8.078/1990 não englobou diversas relações não classificáveis como de consumo, como os aderentes contratuais que não são consumidores<sup>179</sup>. Assim, em que pese a limitação inicial do

---

<sup>174</sup> CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85.

<sup>175</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 57.

<sup>176</sup> Art. 6, *caput* e inc. VIII do CDC *São direitos básicos do consumidor: [...] 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>177</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo civil – Brasília: ESMPU, 2016, p. 262.

<sup>178</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015, p. 197.

<sup>179</sup> TARTUCE. Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 222.

âmbito de aplicação da teoria, é razoável a adoção dinâmica da prova em outras relações, como para proteger o pequeno empresário, que por não utilizar o contrato como fonte de produção e renda, ou seja, por não ser destinatário final, fático e econômico não é consumidor<sup>180</sup>.

Dessa forma, posteriormente, tendo em vista uma inadequação da legislação a uma parcela de litígios e da necessidade de conformação da lei infraconstitucional às previsões constitucionais, houve uma ampliação do instituto, por meio da previsão da possibilidade de dinamização do ônus da prova no CPC/15<sup>181</sup>. Tal ampliação, frise-se, ocorreu especialmente porque constatou-se que, diversas vezes, a parte a quem incumbia o ônus estático não detinha as provas que deveriam ser produzidas<sup>182</sup>. De tal modo, a teoria que inicialmente era apenas previsão doutrinária e, após, fora adotada pelo CDC, restou expressamente prevista no CPC/15, no § 1 do art. 373.

À vista disso, embora a possibilidade de inversão do ônus da prova já existisse no CDC, a positivação trata-se de inovação do CPC/15, pois não encontra correspondência em dispositivos do CPC/73. Tal possibilidade, frise-se, trata-se de tentativa do legislador de possibilitar nova ferramenta de ampliação do material probatório, com a obtenção de decisões mais justas, ante a insuficiência da distribuição estática, deixando à critério do magistrado<sup>183</sup> decidir quando essa inversão se faz necessária.

---

<sup>180</sup> TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 222.

<sup>181</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira, coord. geral DIDIER JR, Fredie. *Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC.* – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 214.

<sup>182</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 1 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

<sup>183</sup> Além da faculdade de inversão do ônus pelo magistrado, frise-se, o CPC/15 também prevê a possibilidade de dinamização por convenção das partes, conforme previsão do art. 373 § 3. De tal modo, criou-se um verdadeiro dever de colaboração, privilegiando de forma muito mais direta e eficaz o direito fundamental à prova, ressaltando as características do processo democrático sob uma perspectiva cooperacionista e publicística, prestigiada pela compreensão do processo civil como instrumento para a tutela dos direitos considerados fundamentais (RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil.**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 123. JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** 58 ed., v. I, Editora Forense Ltda., 2017, p. 919.)

O direito à prestação jurisdicional adequada, assim, figura como vínculo ao magistrado, o qual, ante às circunstâncias do caso concreto, tem a faculdade de “não ignorando o ônus diabólico criado a uma das partes, sem previsão legal, distribuir, mediante critérios racionais e sempre justificados, as cargas dinâmicas das provas entre os litigantes”<sup>184</sup>. Assim, o princípio do acesso ao judiciário abarcaria o direito à produção probatória.

Gize-se, contudo, que, em que pese a dinamização trate-se de uma faculdade do magistrado, que deve decidir conforme o caso acerca da sua pertinência, nos casos em que essa se faça necessária a inversão trata-se de dever “sob pena de sua omissão ser inconstitucional, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”<sup>185</sup>. De tal modo, embora se falar em certa liberdade do magistrado relativamente à distribuição do ônus, essa liberdade deve sempre estar atrelada a responsabilidade, cabendo ao julgador distribuir o ônus sempre de forma justificada e motivada *in concreto*, conforme será melhor visto nos tópicos seguintes.

A dinamização, portanto, tem por fundamentos o acesso à justiça, o já mencionado direito à prova, o direito à igualdade e os deveres de cooperação<sup>186</sup>. Nesse contexto, o próprio CPC/15 preocupou-se em ressaltar que, em certos casos, diante de peculiaridades da causa, seria possível a dinamização do ônus probatório.

### 3.2 – A PROVA DIABÓLICA COMO PRESSUPOSTO POSITIVO PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Importante recordar que, tendo em vista que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso

---

<sup>184</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira., coord. Geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015, p. 194.

<sup>185</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira., coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015, p. 195.

<sup>186</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 220.

pela simples razão que as situações de direito material não são obviamente uniformes, demandando, desse modo, diferentes soluções<sup>187</sup>.

Dessa forma, tem-se que, haja vista que as situações de direito material são diversas, deve-se procurar uma justiça que seja aplicável ao caso concreto, pois o ônus da prova deve recair sobre aquele que, no caso concreto, tem melhores condições de desincumbir-se<sup>188</sup>. Nesse sentido, afirma José Carlos Barbosa Moreira<sup>189</sup> que “cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava”.

Assim, subsidiariamente à distribuição estática, em situações em que se fizer presente o pressuposto positivo da prova diabólica, ou, em outras palavras, nos casos em que houver excessiva dificuldade probatória, é possível a dinamização do ônus da prova, conforme previsão do art. 373 § 1. Destarte, tem-se que, na forma do CPC/15, o magistrado, ao dinamizar o ônus, deve observar, objetivamente, as peculiaridades da causa, verificando em concreto se é impossível ou de excessiva dificuldade para a parte desincumbir-se do encargo, ou seja, verificando se no caso a prova a ser produzida é diabólica<sup>190</sup>.

Isso posto, pode-se afirmar que, ante a uma prova diabólica, que figura, assim, como pressuposto positivo, o CPC/15 previu a possibilidade de dinamização do ônus, que se trata de um dos mecanismos possíveis para equilibrar as forças das partes litigantes e possibilitar a colaboração entre os sujeitos do processo<sup>191</sup>. Isso porque, por exemplo, manter estático o ônus da prova ante a configuração de prova diabólica não assegura a igualdade processual, pelo contrário, visto que de antemão já determina o insucesso da parte.

---

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 202.

<sup>188</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12 ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 140.

<sup>189</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual**. Segunda série. – São Paulo: Saraiva, 1980, p. 75.

<sup>190</sup> Para Alexandre Câmara, essa deveria ser a única hipótese: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças preexistentes e ônus da Prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. *Revista Dialética de Direito Processual*. – São Paulo: Dialética, n. 31, 2005, p. 14-15.

<sup>191</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 126.

Nesse sentido, ao positivar a possibilidade de dinamização do ônus, o CPC/15 optou por deixar a critério do magistrado verificar se, no caso concreto, é necessária a dinamização do ônus estático, conforme previsão expressa do § 1 do art. 373. Assim, o juiz passou a deter o poder de ordenar a produção de provas sobre aspectos essenciais para seu convencimento<sup>192</sup>. Dessa forma, com a positivação da teria pelo CPC/15, foi possibilitado ao magistrado proferir uma sentença mais justa, útil e efetiva, baseada na cooperação e no contraditório.

Ao dinamizar o ônus, porém, por exigência do art. 373 § 1, o magistrado precisa devidamente fundamentar sua decisão. Essa exigência de fundamentação, conforme defende Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues<sup>193</sup>, deve obedecer aos diferentes graus de necessidade ou conveniência da dinamização do ônus da prova, de forma que haveriam gradações da fundamentação a ser realizada pelo juiz em vista do caso concreto, de acordo com os fatores culturais, sociais e econômicos<sup>194</sup>. Dessa forma, decisões genéricas não são admitidas, devendo o julgador apresentar as razões específicas de cada fato que inverterá o *onus probandi*<sup>195</sup>.

De tal modo, a inversão do ônus deve ser feita de acordo com dificuldade de produção de cada prova, não se podendo inverter o ônus como um todo, mas apenas o ônus da produção da prova específica que se tornou diabólica. Nesse sentido, conforme adverte Peyrano<sup>196</sup> “o deslocamento do ônus da prova é sempre parcial e nunca total”. Assim, pode o magistrado, em um mesmo processo inverter o ônus da prova relativamente a prova documental, mas manter estático o ônus quanto a prova testemunhal, por exemplo.

Dessa forma, é possível afirmar que é a especificidade do direito material, em razão da dificuldade de uma das partes produzir a prova, em detrimento da outra, que pode produzi-

---

<sup>192</sup> RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme, 2 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 131.

<sup>193</sup> RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **A dinamização do ônus da prova**. – São Paulo: Revista de Processo, v. 240, fev. 2015, p. 41-58.

<sup>194</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova. – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira., coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015, p. 85-111.

<sup>195</sup> FERREIRA, William Santos. **Das provas e da ata notarial**. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários do código de processo civil**. 1. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 [digital].

<sup>196</sup> PEYRANO, Jorge W. **Nuevos rumos de la doctrina de la cargas probatórias dinâmicas**. – São Paulo: Revista de Processo, n. 217, mar. 2013, p. 222.

la com maior facilidade, e não a complexidade da lide, que é fator judicial de distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>197</sup>. Ou seja, são as peculiaridades da causa que ensejam a dinamização do ônus da prova, que, em regra, será necessária quando configurada prova diabólica<sup>198</sup>, objeto do presente trabalho.

A despeito da previsão legal de inversão do ônus probatório em caso de configuração de prova diabólica, a doutrina e os tribunais brasileiros, como regra, concordam no sentido de que a regulação legal da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não impede a modificação eventual do ônus se verificada a necessidade *in concreto*<sup>199</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que “a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”<sup>200</sup>.

Desse modo, tal teoria vem se mostrando um importante instrumento, entre outros existentes, para o aumento da efetividade das decisões judiciais e a instrumentalidade do processo, bem como uma forma de impedir um esvaziamento do direito à prova. Ou seja, vem se mostrando como um “aprimoramento adequado à função do moderno processo justo”, que “não se reverte de caráter discricionário”<sup>201</sup>, assentada nos valores da solidariedade e boa-fé processual, a fim de assegurar o acesso útil ao judiciário.

Em que pese a possibilidade de dinamização do ônus, a posse da prova, em princípio, não é motivo suficiente para dinamizar o ônus. Essa inversão apenas é possível quando a parte que detém a prova não cumpre a ordem judicial que determina sua entrega<sup>202</sup>. Assim,

---

<sup>197</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015, p. 195.

<sup>198</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 280.

<sup>199</sup> CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016, p. 203.

<sup>200</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 239.

<sup>201</sup> LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil**. – São Paulo: Revista de Processo, n. 204, fev. 2012, p. 240.

<sup>202</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

houvesse a parte adversa prova necessária para o julgamento, essa deveria ser intimada a apresentá-la em juízo, para apenas posteriormente, havendo descumprimento da determinação judicial, ser determinada a inversão do ônus. Ou seja, o ônus não deve ser aplicado de maneira dinâmica apenas para compensar a inércia processual do litigante inicialmente onerado, mas para evitar que a *probatio* seja considerada *diabolica*<sup>203</sup>.

Caberia, de tal modo, a dinamização do ônus da prova quando a parte a ser onerada inviabilizou a produção da prova, assim como quando há violação dos deveres de cooperação pela parte<sup>204</sup>. Nesse sentido, o art. 231 do CC<sup>205</sup> consagra a regra segundo a qual não é possível se beneficiar da própria torpeza, corolário da boa-fé<sup>206</sup>. Admite-se, assim, a alteração do ônus com base no comportamento processual da parte, quando ele se mostra ofensivo ao princípio da boa-fé<sup>207</sup>.

Dessa forma, a fim de evitar que as partes, quando a inércia as beneficiar, mantenham-se inerte quanto à dilação probatória necessária, “cabe a nova legislação reforçar o senso comum e as máximas da experiência, ao reconhecer, à luz do direito material discutido, que quem deve provar é quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido”<sup>208</sup>.

Importante ressaltar, contudo, que a parte que suporta o redirecionamento do ônus probatório não fica incumbida de provar o fato constitutivo do direito da parte adversa, mas tão somente de esclarecer o fato constitutivo. O fato constitutivo do direito da parte adversa, todavia, frise-se, já deve estar parcialmente demonstrado previamente à distribuição<sup>209</sup>.

---

<sup>203</sup> KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica***, coord. FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947.

<sup>204</sup> KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181.

<sup>205</sup> Art. 231 do CC. *Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa*

<sup>206</sup> TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 213.

<sup>207</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 912.

<sup>208</sup> TARUFFO, Michele. **Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In Sui confini. Scritti sulla giustizia civile**. Bolonha: Il Mulino, 2002, p. 121-155.

<sup>209</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 913

O CPC/15, portanto, ao positivizar, no art. 373 § 1, para além da distribuição estática do ônus da prova, a possibilidade de dinamismo probatório, buscou propiciar maior efetividade da prestação jurisdicional. Isso porque, ao possibilitar a parte que anteriormente, ante a uma prova impossível, via-se impossibilitada de produzir prova essencial para a formação do convencimento, a produção da necessária prova, que fosse deixado à parte hipossuficiente, configuraria prova diabólica, protege aqueles que mais necessitam de proteção<sup>210</sup>.

Seria, porém, dispensável regulamentação legislativa acerca da possibilidade de dinamização do ônus da prova em casos de *probatio diabolica*, em outras palavras, seria dispensável os §§ do art. 373, fosse bem compreendido o art. 5, inc. XXXV da CF/88, entendendo-se que esse autoriza aplicação da teoria dinâmica da prova<sup>211</sup>. Ou seja, não haveria necessidade de previsões expressas dos pressupostos positivos e negativos da dinamização, visto que em verdade bastaria a garantia de acesso ao judiciário, que precisa poder ser útil, sob pena de cerceamento.

Portanto, conforme § 1 do art. 373 do CPC/15, a dinamização do ônus da prova tem como pressuposto positivo a *probatio diabolica*. Isso porque, nos casos em que essa restar configurada, sob pena de esvaziamento das demandas por razões estritamente processuais que inviabilizem o acesso à justiça, é preciso que o ônus seja atribuído sobre aquele que apresenta melhores condições de elucidar o juízo.

### 3.3 – A PROVA DIABÓLICA REVERSA COMO PRESSUPOSTO NEGATIVO PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Ao positivizar a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo magistrado, o legislador definiu como limite, conforme previsão do § 2 do art. 373 do CPC/15, que a inversão não gere situação em que a desincumbência do encargo seja impossível ou

---

<sup>210</sup> TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 224.

<sup>211</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira. coord. geral DIDIER JR, Fredie. **Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC**. Editora Jus Podivm, 2015, p. 195.

excessivamente difícil. Tal vedação, trata-se, em síntese, do pressuposto negativo da prova diabólica para inversão do ônus da prova.

A dinamização do ônus da prova, assim, em que pese seja uma faculdade do magistrado nos casos de *probatio diabolica*, precisa respeitar certos limites impostos pelo próprio CPC/15. Entre eles, a necessidade de fundamentação da decisão que dinamiza o ônus, a imposição de oferecimento de oportunidade para a parte a quem incumbirá o ônus de se desincumbir desse, o que visa, especialmente, que a situação de inversão não gere prova diabólica reversa.

Tem-se, dessa forma, que é necessário que a dinamização do ônus não acarrete surpresa para a parte adversa, pois essa necessita de efetiva oportunidade e condições de desincumbir-se do ônus imposto. Assim, ao impor o ônus a alguém deve-se ter como pressuposto que o fato é suscetível de ser provado por aquele a quem se imputa. Desse modo, se posiciona Danilo Knijnik que, ainda sob a égide do CPC/73, quando tal pressuposto ainda não havia sido positivado, referia que a dinamização não poderia originar prova diabólica reversa<sup>212</sup>.

Nesse sentido, haja vista a necessidade de garantir o contraditório, ou seja, possibilitar a parte a desincumbência do ônus que lhe é atribuído, a fim de evitar decisões surpresas<sup>213</sup>, entende-se que a distribuição do ônus deve ser feita no momento da fixação, pelo magistrado, dos pontos controvertidos e da especificação as provas. Ou seja, como regra geral a dinamização deve ser feita em audiência preliminar ou em decisão saneadora<sup>214</sup>.

Por conseguinte, entende-se que a distribuição não deve ser aplicada apenas na sentença. Até porque, dinamizar o ônus apenas na fase decisória, além de violar o contraditório, faz com que a dinamização deixe de importar uma melhor instrução processual,

---

<sup>212</sup> KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica***, coord. FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER. Teresa Arruda Alvim – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 942.

<sup>213</sup> CAMBI, Eduardo; HOFFMAN, Eduardo. **Caráter probatório da conduta [processual] das partes**. Revista de Processo, n. 201, nov. 2011, p. 97.

<sup>214</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 914.

dissipando, dessa forma, a principal vantagem da dinamização, que é a garantia de uma decisão mais adequada, efetiva e justa<sup>215</sup>.

Quanto à dificuldade de produção da prova, tem-se que, como visto no capítulo anterior, essa pode ser objetiva, quando a dificuldade decorrer da natureza da coisa<sup>216</sup>, ou subjetiva, quando a dificuldade decorrer de situação particular da parte. Frise-se, no entanto, que, em regra, sendo a dificuldade objetiva, a prova seria diabólica para ambas as partes em litígio.

Nesses casos, em que a dificuldade for objetiva para ambas as partes, a doutrina afirma que não seria possível a dinamização e, no mesmo sentido, o § 2 do art. 373 do CPC/15 expressamente veda tal inversão ao ditar que a dinamização do ônus não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. Por outro lado, sendo a dificuldade decorrente de condição da parte, não há, em princípio, vedação à dinamização, o que, contudo, precisa ser analisado caso a caso.

Logo, tem-se que “a vedação da exigência de prova diabólica, aquela insuscetível de ser produzida, é, nessa ordem de ideias, um limite rigoroso à aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório”<sup>217</sup>. É o que Fredie Didier Jr, Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>218</sup> defendem ao afirmarem que, para que haja inversão do ônus, é preciso que a prova redistribuída seja possível, nos termos do § 2 do art. 373 do CPC/15, e, não sendo, prevalecerá a regra estática, a fim de que a distribuição, que justamente se justifica na existência de prova diabólica, não implique em prova diabólica reversa, ou seja, não implique em uma situação que torne impossível a produção da prova para quem o recebeu<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 234.

<sup>216</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. Revista de Processo**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013., p. 1.

<sup>217</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 917.

<sup>218</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12 ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 142.

<sup>219</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da Prova. No Direito Processual Público**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184-186.

De tal modo, não basta que as partes e o magistrado demonstrem que a prova se configurou diabólica para a parte a quem incumbia o ônus estático. É preciso que se demonstre também que ela poderia ser melhor produzida pela parte adversa, sob pena de apenas estar-se transferindo a dificuldade, ou seja, gerando prova diabólica reversa, o que violaria o princípio da igualdade<sup>220</sup>.

A prova diabólica reversa, assim, configura verdadeiro pressuposto negativo para a dinamização do ônus da prova, visto que, nas situações em que a prova for diabólica para ambas as partes, não seria admitida a inversão, conforme inclusive positivado no art. 373 § 2 do CPC/15<sup>221</sup>. Dessa forma, repise-se, sendo a prova bilateralmente diabólica, ou seja, configurada a chamada de “situação de inesclarecibilidade”<sup>222</sup>, conforme defende a doutrina majoritária, o ônus probatório, em regra, não deverá ser invertido.

Nesse sentido, conforme afirma Araken de Assis<sup>223</sup>, restando a prova configurada como diabólica e observando-se que ambas as partes não poderão se desincumbir do ônus da prova, deverá ser aplicada a regra geral expressa no *caput* art. 373 do CPC/15. Importante, no ponto, recordar que a inversão do ônus da prova visa impor o ônus aquele que tem melhores condições de se desincumbir, e, nos casos de prova diabólica bilateral, a inversão não representaria critério decisório possível<sup>224</sup>.

Em que pese a lei não tenha positivado nenhuma exceção à regra da proibição de inversão em caso de *probatio diabolica* bilateral, a doutrina vem excepcionando e admitindo que, em certos casos, mesmo sendo a prova diabólica para ambas as partes, seria possível o julgador decidir sobre quem o ônus da insuficiência de provas recairia tendo em vista o risco da atividade da parte adversa. Vê-se, assim, que, em que pese a vedação de prova diabólica

---

<sup>220</sup> ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo civil – Brasília: ESMPU, 2016, p. 271.

<sup>221</sup> § 2o do art. 373 do CPC/15 A decisão prevista no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

<sup>222</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1168, 12 set. 2006, p. 7-8.

<sup>223</sup> ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**, v. II. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 209.

<sup>224</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 12.

reversa, taxativamente prevista no CPC/15, a doutrina preocupou-se em ressaltar que em determinadas situações deveria prevalecer o risco da atividade.

Assim, em casos em que as empresas descumpram com o dever de informar, de prevenção e proteção, estarão essas assumindo o risco da impossibilidade de desincumbência do ônus da prova de excluir o nexo de causalidade. Por esse motivo, tem-se que o ônus deve ser invertido, haja vista o risco da atividade e o risco assumido, a despeito do pressuposto negativo expressamente previsto.

Por exemplo, um clube social tem o dever de informar se determinada piscina for imprópria para iniciantes. Caso não o faça, estará aceitando o risco de causar acidentes decorrentes desse descumprimento do dever e, assim, produzir dano, assumindo, portanto, o risco da impossibilidade de produção de prova apta a excluir o nexo de causalidade entre o descumprimento do dever de informar, de prevenção e proteção, devendo, nesses casos, o ônus ser invertido, haja vista o risco da atividade do clube<sup>225</sup>.

Nesse sentido, Eduardo Cambi, ainda sob a égide do CPC/73, ressaltava dizendo que, em determinadas situações, quando recair sob o demandado o risco da atividade, ainda que a prova seja diabólica para ambas as partes, seria possível a dinamização, visto que em certos casos a impossibilidade de produção não deve ser paga pelo demandante, mas pelo demandado, que assumiu o risco por sua atividade. Permite-se, assim, nesses casos, que, ainda que a prova se faça diabólica para ambas as partes, excepcionalmente seja realizada a dinamização do ônus<sup>226</sup>, visto que as circunstâncias de direito material podem permitir que se conclua que “a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo demandante, fazendo com que o demandado assumo o risco por sua atividade” e, de tal modo, permita-se a distribuição dinâmica do ônus probatório em sentença<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016, p. 133; SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 12.

<sup>226</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira.; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015, p. 208.

<sup>227</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix e WILLIAM, Santos Ferreira;

Não é diferente a posição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>228</sup>, que afirmam que, no âmbito material, ao violar uma norma de prevenção ou proteção, estaria, dessa forma, aceitando o risco de produzir dano, o que implica na assunção do risco relativo à ausência de prova da relação de causalidade entre a violação e o dano. Nesse caso, em que determinado fato é de difícil desincumbência probatória e que, como regra geral, o ônus recairia sobre o autor, a situação de direito material possibilita a inversão do ônus.

Assim, ainda que a prova seja diabólica para ambas as partes, o ônus pela não produção não necessariamente recairá sobre o autor, pois há situações de direito material que possibilitam que esse ônus recaia sobre a parte adversa, que deverá assumir o risco por sua atividade. Relativiza-se, de tal modo, *in concreto*, o pressuposto negativo da prova diabólica para dinamização do ônus da prova.

Por outro lado, frise-se que para os casos em que a prova seria diabólica para ambas as partes e não seja possível a dinamização (o que é a regra geral, positivada no §3 do art. 373 do CPC/15), é assegurada pelo CPC/15 a possibilidade de utilização de indícios, presunções, máximas da experiência<sup>229</sup>. Tais formas de prova, pontue-se, consistem em um meio de provar uma alegação cuja prova direta não é viável e, por isso, sua demonstração é deduzida racionalizando os fatos provados<sup>230</sup>.

Tais institutos, em que pese não sejam objeto do presente trabalho, são também instrumentos a ser utilizados em casos de provas difíceis, o que encontra respaldo no princípio expressamente previsto da atipicidade da prova<sup>231</sup>. Vê-se, assim, que o CPC/15 reconheceu, em princípio, todos os meios legais e todos os moralmente legítimos capazes de influir na convicção do juízo.

---

coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015, p. 208.

<sup>228</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.204.

<sup>229</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 920.

<sup>230</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 7.

<sup>231</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 9.

Convém, todavia, ressaltar, no ponto, que o indício, não figura como um verdadeiro meio de prova, mas de um raciocínio, de aplicação de regras lógicas e análise de probabilidades e máximas da experiência. A conclusão dessa análise será tida como suficiente a depender do grau de prova exigida, pois em determinados casos a presunção será aceita, mas em outro a legislação exigirá a produção de prova *strictu sensu*<sup>232</sup>. Por exemplo, ordenada a produção de provas pelo juiz, havendo omissão da parte sem justificativa, estará o juiz autorizado a utilizar o comportamento da parte como um indício<sup>233</sup>.

Não há, portanto, falar em uma regra geral aplicável a todos os casos em que há insuficiência probatória. Constatada a dificuldade probatória objetiva, em primeiro lugar deve-se analisar o direito material, que é quem determinará a solução para as dificuldades de produção probatória, por meio da atribuição de vantagens e riscos relacionados à incerteza acerca dos fatos nas previsões normativas<sup>234</sup>. Desse modo, repise-se, a configuração de prova diabólica precisa ser analisada *in concreto*, até porque a dificuldade probatória admite diversos graus e, assim, reclama soluções diversas conforme o caso<sup>235</sup>.

Nesse sentido, observe-se que a convicção acerca dos fatos quase sempre são apenas convicções de probabilidade, que é graduada caso a caso, e, dessa forma, querer livrar-se de qualquer dúvida é algo impossível. Assim, com a instrução probatória o que se atinge é uma convicção de probabilidade de ocorrência do fato alegado<sup>236</sup>, sendo que cada caso possui uma graduação da convicção necessária, que não é igual para todos os casos, a qual é influenciada pelo objeto do processo<sup>237</sup>.

Frise-se, ademais, que há inclusive quem entenda que seria preferível a resolução pelos demais meios de facilitação de prova em relação à aplicação do ônus da prova, que deveria ser visto como uma forma subsidiária de solução para casos de prova diabólica. Isso

---

<sup>232</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 7.

<sup>233</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 907.

<sup>234</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 11.

<sup>235</sup> JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017, p. 920.

<sup>236</sup> SABATÉ, Lluís Muñoz Sabaté. **Introducción a la probática**. Colección de formación continua Facultad de Derecho ESADE, 2007, p. 41.

<sup>237</sup> SABATÉ, Lluís Muñoz Sabaté. **Introducción a la probática**. Colección de formación continua Facultad de Derecho ESADE, 2007, p. 42-43.

porque, frise-se que a redistribuição implica em atribuir um gravame significativo para a parte a quem se redistribui o ônus, ou seja, a quem passa a incumbir a contraprova e, ademais, porque a redistribuição do ônus por motivos processuais poderia representar uma ameaça à dependência funcional das normas processuais em relação às normas de direito material aplicáveis<sup>238</sup>.

Portanto, tendo em vista que o magistrado deve decidir apenas quando atingido um grau mínimo de convicção acerca dos fatos alegados, é preciso utilizar-se de mecanismos que mitiguem a dificuldade da produção de certas provas, ou seja, que forneçam uma solução para os casos de *probatio diabolica*, como a inversão do ônus da prova. A dinamização, todavia, sob pena de desvirtuamento do instituto da dinamização do ônus da prova, deve ser utilizada respeitando-se os limites impostos.

---

<sup>238</sup> SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 12.

#### 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil, assim, figura como instrumento para a resolução justa e efetiva dos conflitos. No entanto, para que a lide se resolva de maneira justa, é preciso que, antes de tudo, o juiz se certifique da verdade do alegado, de forma a atingir o maior grau possível de convicção, o que só é possível pela instrução probatória.

Por derradeiro, reconhecida a importância elevada da prova para o processo, pode-se falar em um verdadeiro direito fundamental das partes à prova. Em que pese esse direito não esteja previsto de forma expressa na CF/88, deriva do direito ao contraditório e à ampla defesa, e também do direito de acesso à justiça, que figuram como direitos estruturais do processo civil.

Contudo, como visto no decorrer do trabalho, não são poucas as situações em que restam configuradas as provas ditas diabólicas, que figuram como verdadeiro empecilho ao acesso à justiça. Tem-se, assim, a necessidade de criação de um instituto que vise mitigar as dificuldades e, com isso, garantir o acesso à jurisdição.

Nesse sentido, repise-se que com o CPC/15 houve um significativo avanço no tocante à instrução probatória, digno de aplausos, com a superação de uma visão individualista do processo, pois ao estimular o abandono da distribuição estática do ônus da prova, pela positivação do art. 373 § 1, com fundamento na dificuldade do caso concreto, priorizou-se a solução mais justa *in concreto*, consagrando, desse modo, a finalidade jurisdicional de busca da justiça.

Assim, tem-se que a dinamização do ônus probatório consiste em uma solução para casos de *probatio diabolica*, ou, em outras palavras, em um mecanismo de adequação do processo às diferentes hipóteses de direito material. Contudo, haja vista as diferentes graduações da dificuldade, bem como as diferentes classificações, pode-se dizer que apenas pela análise do direito material será possível definir qual é a solução aplicável ao caso.

Importante, porém, recordar, que a dinamização do ônus da prova deve obedecer a certos limites, previstos expressamente no art. 373 § 2 do CPC/15. Ou seja, é preciso, ao

dinamizar o ônus, que se fundamente os motivos pelos quais essa dinamização é necessária e, ademais, é preciso que, mesmo com a dinamização, seja oportunizada a desincumbência do ônus pela parte adversa, especialmente para que a dinamização não gere prova diabólica reversa e, assim, possa inclusive vir a desvirtuar o instituto.

Dessa forma, quando a prova for diabólica para ambas as partes, como regra o ônus recai sobre quem alega, ou seja, mantém-se o ônus estático, haja vista que a prova diabólica é pressuposto negativo para a dinamização do ônus probatório, conforme art. 373 § 2. Há casos, todavia, que, em que pese a referida vedação legal, vem-se afirmando que seria possível a dinamização, ou seja, casos em que poderia o julgador decidir que o ônus pela insuficiência de prova recairá sobre a parte adversa, haja vista o risco de sua atividade e assunção do risco.

A prova diabólica, portanto, em regra, figura como um empecilho à justiça. Por consequência, a possibilidade de dinamização do ônus da prova, que já tinha apoio doutrinário e previsão na legislação consumerista anteriormente à positivação que adveio com o CPC/15, vem se mostrando benéfica, haja vista que, nos casos de *probatio diabolica*, figura como com instrumento que mitiga as dificuldades e possibilita o acesso à justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. – São Paulo: Saraiva, 1997.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AROCA, Juan Montero. **La prueba em el processo civil**. 3. ed. – Madrid, Citivas, 2012.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**, v. II. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual**. Segunda série. – São Paulo: Saraiva, 1980.

BENTHAM, Jeremy. **Traité des preuves judiciaires**, trad. Ét. Dumont, 1823, v. 1, p.3, *apud* SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1983.

BRUNETTI, Giovanni. **Il Delitto Civile**. Firenze: Bernardo Seeber, 1906. p. 405, *apud* RAMOS, Vitor de Paula. RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel, dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BUENO, Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6. ed., rev., atual., e ampl. – São Paulo: Saraiva, v. I, 2012.

CABRAL, Antonio do passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual da parte**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126, ago. 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças Preexistentes e ônus da Prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução**. *Revista Dialética de Direito Processual*. – São Paulo: Dialética, n. 31, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – São Paulo: Atlas, 2015.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas. Distribuição dinâmica do ônus da prova - exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2015.
- CAMBI, Eduardo; HOFFMAN, Eduardo. **Caráter probatório da conduta [processual] das partes**. Revista de Processo, n. 201, nov. 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile. Funzione e composizione del processo**, v. I – Padova: Cedam, 1936.
- CARPES, Artur Thompsen. **Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos, coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016.
- CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. – São Paulo: Saraiva, v.2, 1969.
- COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do direito processual civil**, trad. SOUSA, Rubens Gomes de. – São Paulo: Saraiva, 1946.
- CUNHA, Maurício Ferreira. **Ônus da prova, dinamicização e o novo CPC**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. Editora Jus Podivm, 2016.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA; Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão,**

**precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 12. ed. – Salvador: Jus Podvium, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 5. ed. v. III. – São Paulo: Malheiros, 2005.

ESPÍNDOLA, Eduardo. **Ônus da prova e sua dinamização,** coord. DIDIER JR, Fredie., 2 ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

FERREIRA, William Santos. **Das provas e da ata notarial.** In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários do código de processo civil.** 1. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 [digital].

GAVAZZI, Giacomo, L'Onere – **Tra la libertà e l'obbligo.** Torino: Giappichelli, 1970, p. 83-84, *apud* RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil,** coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

HO, Hock Lai. **A philosophy of evidence law.** Oxford: Oxford University Press, 2010, 1 ed., 2008, *apud* RAMOS, Vitor de Paula. RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil,** coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** 58 ed, v. I. Editora Forense Ltda., 2017.

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

KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar o acesso á justiça e superar a *probatio diabolica*,** coord. FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LESSONA, Carlos. **Teoria general de la prueba em derecho civil**. Trad. Enrique Aguilera de Paz, v.1, 1897.

LOEVINGER, Lee J. **Una introducción a la lógica jurídica**. Trad. José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1954.

LOPES, João Batista. **Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil**. – São Paulo: Revista de Processo, n. 204, fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da Convicção e Inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1168, 12 set. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. – São Paulo: Revista dos Tribunais. V. II, 2015.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Ônus da Prova. No Direito Processual Público**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. – São Paulo: Ed. RT, 2015.

MONTEIRO, João. **Processo civil e comercial**, 1912, § 126, nota 1.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Anotações sobre o título ‘da prova’ do novo código civil. Reflexos do novo código civil no direito processual**. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. **O princípio da cooperação no novo código de processo civil como fonte de deveres da “comunidade comunicativa” e instrumento de vedação ao abuso dos direitos processuais**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo civil – Brasília: ESMPU, 2016.

PEYRANO, Jorge W. **La carga de la prueba como norma de clausura del sistema**, org. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. **Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. – São Paulo: Atlas, 2012.

PEYRANO, Jorge W. **Nuevos rumos de la doctrina de la cargas probatórias dinâmicas**. – São Paulo: Revista de Processo, n. 217, mar. 2013, p. 222.

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

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 2. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. O novo processo civil**, coord. ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel; dir. MARINONI, Luiz Guilherme. 1 ed – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA JR, Paulo Sérgio Duarte da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, org. RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Reflexões sobre o novo código de processo civil – Brasília: ESMPU, 2016.

RODRIGUES, Roberto de Arangão Ribeiro. **A dinamização do ônus da prova**. – São Paulo: Revista de Processo, v. 240, fev, 2015.

ROQUE, Nathaly Campitelli. **Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo código de processo civil**. In SARRO, Luís Antônio Giampaulo. **Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil**. – São Paulo: Rideel, 2014.

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

SABATÉ, Lluís Muñoz Sabaté. **Introducción a la probática**. Colección de formación continua Facultad de Derecho ESADE, 2007.

SANTOS, João Manoel Carvalho. **Código de processo civil**. V. III, p. 162; MALASTEIA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. J. Alves de Sá, v. 1, cap. I, 1911.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. II. 27. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohlen. – São Paulo, Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**, v. 1. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. **A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. – São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 38, v. 222, agosto/2013.

SILVEIRA, Bruna Braga da. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015**, coord. JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos; coord. geral DIDIER JR, Fredie. Direito probatório. Coleção grandes temas do novo CPC. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TARUFFO, Michele. **La prueba**, trad. MANRÍQUEZ, Laura; BELTRÁN, Jordi Ferrer. – Madrid: Marcial Pons, 2008.

TARUFFO, Michele. **Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In Sui confini. Scritti sulla giustizia civile**. Bolonha: II Mulino, 2002.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. **O direito fundamental à prova e a legitimidade dos provimentos sob a perspectiva do direito democrático.** – São Paulo: Revista de Processos, n. 195, maio 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**, v. II. **Cognição Jurisdicional (Processo comum de conhecimento e tutela provisória).** 16 ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 3. ed. – São Paulo: DPJ, 2005.

## LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

### BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**

Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em 20/10/2018.

### BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei n.º 13.105/2015, de 16 de março de 2015.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>

Acesso em 16/10/2018.

### BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei n.º 5.869/1973, de 11 de janeiro de 1973.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>.

Acesso em 16/10/2018.

### BRASIL. **Código Civil.** Lei n. 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002.

Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>

Acesso em 21/10/2018.

### BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>

Acesso em 21/10/2018.

STJ, REsp 619.148/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ac. 20.05.2010, DJe 01.06.2010.

RI 71001274430, 3ª Turma Recursal Cível, Rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, unânime, j. em 10.07.2007, pub. DJ 13 jul. 2007.

STJ, REsp 69.309/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. em 18.6.1996, pub. DJ 26 ago. 1996.

STJ, REsp 316316/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. em 18.9.2001, pub. DJ 12 nov. 2001.

STF, HC 76.060, 1ª Turma, j. 31.03.1998, Rel. Min Sepúlveda Pertence, DJ 15.05.1998

STF, RLC 2.040/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 21.02.2002, DJU 27.06.2004

STF, HC 71.373/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, DJ 22.11.1996, p. 45.686, Ement. v. 1851-2

Enunciado 6 do CEAPRO – Centro de estudos avançados em processo. Enunciados novo CPC. Disponível em <<http://www.ceapro.org.br/enunciados.html>>. Acesso em 22 de setembro de 2018.