

O ÔNUS PROBATÓRIO E SUA DINÂMICA PROCESSUAL: UMA ANÁLISE DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO SENADO FEDERAL E NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

THE BURDEN OF PROOF AND ITS DYNAMIC PROCESS: AN ANALYSIS OF THE DRAFT OF NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE IN FEDERAL SENATE AND THE HOUSE OF REPRESENTATIVES

*Bárbara Galvão Simões de Camargo**

Resumo: Diante da existência de projeto de alteração do Código de Processo Civil Brasileiro, mister se faz debater todos os institutos que formam o processo para evitar alterações depois de aprovado. No ramo processual, a prova tem despertado muitos estudos ao longo do tempo, haja vista que é crucial para a solução do processo. O tema das provas é formado por diversas facetas, dentre elas o ônus da prova. Neste passo, o presente artigo tem o escopo de analisar o ônus estático, a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor e o ônus dinâmico da prova para problematizar a opção dupla adotada pelo legislador do projeto de Código de Processo Civil já aprovado no Senado Federal e em atual trâmite na Câmara dos Deputados, sob o nº 8.046/2010 para ao final, indicar que a inserção de previsão da inversão do ônus da prova no bastaria para atender aos ditames da justiça.

Palavras-chave: ônus da prova; distribuição estática e dinâmica; projeto de novo Código de Processo Civil.

Abstract: Given the existence of draft amendment of the Code of Civil Procedure Brazilian required made to discuss all the institutes that form the process to avoid changes after approval. In the field procedure, the proof has attracted many studies over time, given that it is crucial for solution process. The theme of the evidence consists of many facets, among them the burden of proof. Therefore, this article has the scope to analyze the static burden, the

* Mestranda em Direito na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP, campus de Franca/SP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Membro do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil Brasileiro e Comparado – NUPAD. Bolsista Capes. E-mail: barbaragalvaoadv@gmail.com

reverse burden of proof referred to in Code of Consumer Protection and Dynamic burden of proof to problematize the dual option adopted by the legislature the draft Code of Civil Procedure already approved the Senate and now pending in the House of Representatives, under No. 8.046/2010, for at the end, indicating that the insertion of forecasting reverse burden of proof would suffice to meet the dictates of justice.

Keywords: burden of proof; static and dynamic distribution; draft new Code of Civil Procedure.

INTROITO

O direito processual civil, ainda que autônomo ao direito material tem por finalidade apresentar meios e instrumentos compatíveis com a Constituição Federal que sejam aptos a viabilizar a concretização do direito material dentro de um prazo de duração razoável, buscando prestar uma tutela jurisdicional efetiva e que apazigue as relações conflituosas.

Nesse esteio, diante da possibilidade de aprovação de um novo Código de Processo Civil no direito brasileiro, mister se faz estudar os institutos componentes do processo para que se integrem perfeitamente, formando um sistema processual capaz de garantir a preservação dos direitos através de uma prestação jurisdicional justa, tempestiva e adequada, evitando que sejam realizados reparos no código tão logo seja aprovado ou pior, que se insiram disposições inócuas ou conflituosas no ordenamento jurídico.

Dada a fase já avançada de tramitação do projeto que se iniciou no Senado sob o nº 166/2010 e com o seu substitutivo de nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados, não se discorrerá aqui sobre a necessidade ou não de um novo código, mas se realizará uma análise, ainda que breve sobre o ônus da prova, o qual será submetido a alterações importantes se aprovado o projeto na forma que hoje se apresenta, com o objetivo de verificar a pertinência ou não das previsões processuais pensadas pelo legislador.

Relembre-se, entretanto, que quanto às normas que regem o ônus probatório há diferenças significativas no projeto aprovado pelo Senado Federal e no projeto lido pelo Relator-geral, Deputado Sérgio Barradas Carneiro, da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Assim, esta análise perpassará pela redação contida no projeto do Senado Federal e pelas alterações pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, levada ao público em 19 de setembro de 2012.

De outro plano, é oportuno enfatizar que o tema das provas assume especial relevância dentro do processo e sua demonstração é imprescindível para fundamentar a procedência ou improcedência da ação. Daí advém à máxima que “alegar sem provar é no mesmo que nada alegar”.

As provas, por sua importância e complexidade, apresentam inúmeras controvérsias e despertam opiniões opostas dentro da teoria do processo, especialmente no tocante ao ônus ou carga probatória. É assunto que esteve no cerne das preocupações de grandes juristas e que não deixa de ser revistado, pois está inserto tanto no direito de ação quanto no direito de defesa, constituindo-se, em *ultima ratio*, direito fundamental das partes.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA

Antes de adentrar efetivamente no ônus probatório e suas espécies, deve-se versar sobre alguns pontos elementares das provas. De plano, é pertinente dizer que o conceito de prova é multifacetado, constituindo-se, deste modo, de vários significados.

Eduardo Couture enfatiza que a prova é “[...] um meio de controle das proposições que os litigantes formulam em juízo”¹ e, por outro lado, também tem o cunho de formar a convicção do magistrado².

Embora correta às colocações de Couture, a principal acepção de prova está relacionada com o desvendamento da verdade. Moacyr Amaral Santos, sob esse aspecto dispõe que “Provar, porém, é bem “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade.”³

A prova estabelece esse liame com a verdade, porque é necessária para a solução de qualquer processo que exista uma conexão entre a resposta do Estado com a verdade dos fatos. Somente assim se poderá falar em uma pacificação do conflito e realização da justiça.

¹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 136.

² *Ibidem*, p. 137.

³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 5 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1. p. 2.

Trata-se de tentar reestabelecer, reconstruir os fatos ocorridos, sobre os quais recai a controvérsia do processo, contudo, esta recuperação esta imbuída de argumentação⁴.

Adverte Leonardo Greco que a sociedade está mais exigente e demanda não somente a mera reconstrução dos fatos, como também aquele reestabelecimento que a “[...] consciência coletiva assimila e aceita como autêntica”, para que se possa obter uma decisão justa⁵.

Essa recuperação da verdade por meio das provas deve-se dar com o respeito aos princípios constitucionais, primando por cumprir com o devido processo legal e oportunizando o contraditório e a ampla defesa, com o intento de obter um conjunto probatório sem vícios e que realmente possa contribuir para a formação da convicção da decisão do julgador, conferindo o maior grau de justiça possível à decisão. Entretanto, cabe ressaltar que há uma forte interferência da argumentação sobre a prova para formar a convicção do julgador.

Outro ponto que pode ser realçado nesta parte preliminar, é sobre o objeto da prova. Não obstante que em casos especialíssimos, tais como a alegação de direito internacional, estadual ou municipal precise a parte colacionar o texto legal, não restam dúvidas que a prova deve recair sobre fatos ou mais propriamente sobre a afirmação desses fatos e não sobre o direito em si. Ademais, não são quaisquer fatos que demandam provas: o fato notório e o fato que não foi impugnado pela parte contrária não necessitam ser provados, pois sobre eles há uma presunção.

Destarte, são sobre os fatos controversos que devem ser empreendidos esforços para que se realize a prova, a qual lastreará a convicção judicial na tomada de decisão sobre o mérito do processo.

2 O ÔNUS DA PROVA

⁴ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart apontam, contudo, que a finalidade da prova não é a reconstrução de fatos para posterior aplicação da regra abstrata, mas sim “[...] a função da prova é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”. In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 51.

⁵ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 366.

O ônus da prova é um dos aspectos mais polêmicos dentro do estudo da prova judicial por apresentar diversos elementos para a análise, mormente quanto ao seu conceito e a distribuição entre as partes, objeto central deste artigo.

A doutrina jurídica majoritária entende o ônus probatório como uma faculdade e não como uma obrigação jurídica, na qual a parte atua em favor de seu próprio interesse. A palavra ônus já denota seu conteúdo uma vez que significa um encargo da parte.

João Batista Lopes, ao diferenciar ônus e obrigação, informa que “Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro alheio”.⁶ Assim sendo, não existe uma obrigação jurídica da parte provar fato constitutivo, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da outra parte, mas sim que há uma faculdade, uma disposição para a parte realizar a prova e, produzindo-a estará agindo em seu benefício.

Contudo, ainda que o ônus probatório represente uma faculdade e a parte possa dispor desta faculdade, deve-se salientar que, se ela não se desincumbir deste encargo poderá sofrer desvantagens com relação ao resultado do processo. Hernando Devis Echandía é enfático ao asseverar que

[...] podemos definir la carga como *un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adotar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.*⁷

Não obstante seja faculdade da parte, se ela não contribuir para a formação correta da prova poderá se ver prejudicada no momento da prolação da sentença, pois o julgador permanecendo com dúvidas sobre quem possui o direito material em razão da insuficiência ou inexistência de provas aplicará as regras de distribuição do ônus da prova. Por este motivo, diz-se que há também um “ônus da condição de parte”⁸.

⁶ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 37.

⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de pruebas judiciales**. Bogota: Temis, 1969. p. 169. (grifo no original).

⁸ Expressão utilizada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. In NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev. ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 635 (nota 1. do art. 333).

Outrossim, é oportuno trazer à baila que a distribuição do ônus da prova está intrinsecamente ligada com a livre apreciação da prova (motivada, no direito brasileiro, descrita no art. 131 do Código de Processo Civil), uma vez que o magistrado não conseguindo aferir a procedência ou não da ação mediante a análise do acervo probatório através de sua livre apreciação, deverá se valer das regras de distribuição do ônus da prova para decidir a demanda. Leo Rosenberg, explica com maestria esse elo:

La apreciación libre de la prueba y la carga de la prueba dominan dos terrenos que si bien están situados muy cerca uno del otro, están separados claramente por límites fijos. La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres; la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó.⁹

Logo, como o julgador terá que utilizar as regras de distribuição do ônus da prova para decidir o processo quando ainda não tiver formada sua convicção, essa aferição sobre a distribuição da carga probatória adquire relevância no momento do julgamento da lide, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro veda que o juiz deixe de decidir a demanda, mesmo se houver indecisão sobre a prova. É, portanto, considerada regra de julgamento da ação.

Gian Antonio Micheli ao analisar a proibição da decisão pelo *non liquet* (decisão por não estar claro) expõe que:

[...] no existen dos aspectos antitéticos, o cuando menos distintos del fenómeno, sino un fenómeno único, consistente en la existencia de una regla de juicio, en virtud de la cual el juez es colocado en la condición de pronunciar en todo caso, aun cuando él no esté en situación de formarse la propia convicción acerca de la existencia de hechos relevantes.¹⁰

⁹ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. p. 56-57.

¹⁰ MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961. p. 175.

Pode-se afirmar, deste modo, que a distribuição da carga probatória se trata de regra de julgamento, porque somente será verificado a quem pertence o ônus de provar se o conjunto probatório existente nos autos for insuficiente para formar a plena convicção do julgador.

Entretanto, caso a convicção do julgador esteja formada através das provas trazidas ou produzidas no curso do processo, não se fará à análise de que parte realizou a prova. Presente a prova, ela compõe o processo, deixando de se vincular a parte que a produziu. Destarte, caso o juiz tenha a sua disposição subsídios da reconstrução dos fatos poderá decidir a lide sem a necessidade de adentrar na distribuição do ônus probatório.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery corroboram com o entendimento ora exposto em trecho a seguir transcrito:

O juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.¹¹

Identificado os pontos principais do ônus probatório, passa-se a análise da distribuição do ônus da prova na forma prevista pelo sistema processual civil brasileiro atual.

2.1 O ônus estático da prova

As disposições sobre a distribuição da carga probatória nos ordenamentos jurídicos podem ocorrer *ope legis* ou *ope judicis*. O Código de Processo Civil Brasileiro atual estabelece a quem compete à faculdade de provar os fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos através do seu art. 333, *in verbis*:

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev. ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 635 (nota 4 do art. 333).

Art. 333. 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.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.¹²

Tem-se assim que, de acordo o sistema vigente, a distribuição do ônus probatório se dá por meio de expressa previsão legal. E mais, essa divisão se opera de maneira fixa em todas as relações processuais de cunho puramente civil, com exceção da disposição de cláusula de convenção de distribuição do ônus da prova, razão pela qual é denominado de ônus estático da prova. Tais disposições processuais tem o cunho de indicar qual parte terá desvantagem no caso de não realizar prova ou a realizar de maneira insuficiente.

José Carlos Barbosa Moreira acrescenta que esses critérios descritos pela lei que fixam qual litigante deve fazer a prova, sob pena de arcar com consequências desfavoráveis no caso de não se desincumbir da prova com relação aos fatos que lhe beneficiava, trata-se de uma *distribuição de risco*¹³.

Cabe salientar também que a distribuição do ônus da prova adotada pelo legislador brasileiro respeita dois critérios que devem ser empregados de forma conjunta: a posição das partes (se autor ou réu) e a natureza ou espécie dos fatos (se são constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos)¹⁴.

Pela regra desenhada nos incisos do art. 333 caput, do Diploma Processual Civil, ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, o demandante deve trazer aos autos elementos comprobatórios da existência de seu direito. Uma vez provada a afirmação do fato constitutivo de direito do autor, caberá ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte ativa da relação processual.

¹² BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. **Temas de direito processual (segunda série)**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 75.

¹⁴ Cf. CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 322 e DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 90, v. 788, p. 92-107, jun. 2001. p 94.

É necessário esclarecer que o sistema processual civil atual não admite expressamente alteração deste ônus probatório, exceto quando as partes fixarem previamente o ônus probatório, sendo vedada a modificação dessas regras se tratarem de direitos indisponíveis ou se impuser a outra parte dificuldade de realização das provas.

As regras processuais são claras nesse sentido e, ainda que exista um poder instrutório do juiz, tendo em vista que o magistrado pode determinar a realização de provas *ex officio*, consoante o disposto no art. 130 do Diploma Processual Civil, não lhe é permitido alterar o ônus probatório, como se tem verificado em várias decisões judiciais. Caso haja a modificação do ônus da prova em processos que versem unicamente sobre matéria civil, isto é, sem a incidência de matéria consumerista, o magistrado estará flagrantemente atuando *contra legem*, desafiando os recursos necessários para desfazer esse equívoco.

2.2 A inversão do ônus da prova

Conforme indicado alhures, a distribuição do ônus da prova no direito processual civil é estática e, portanto fixa com relação a quem possui a faculdade de provar cada afirmação de fato.

Todavia, em decorrência da propalação das relações de consumo e da conseqüente necessidade de regular essas relações, foi necessário pensar em uma forma de flexibilizar os rígidos critérios da distribuição do ônus da prova impostos pelo legislador do Código de Processo Civil, com o objetivo de viabilizar a realização das provas no âmbito processual e, principalmente, para conferir um maior grau de justiça nas decisões destas ações.

Nessa senda, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) buscou facilitar a defesa do consumidor, instituindo a possibilidade de inversão do ônus da prova, quando verossímil a alegação *ou* quando o consumidor for hipossuficiente¹⁵, segundo as regras ordinárias de experiência, de acordo com o insculpido no inciso VIII, de seu art. 6º¹⁶.

¹⁵ Relembrando que o indivíduo pode ser hipossuficiente sob o ponto de vista econômico ou, como na maioria dos casos, sob o aspecto do conhecimento. Nesse sentido também se manifesta Antonio Janyr Dall’Agnol Junior ao afirmar que “Antes de mais, é necessário, de uma vez por todas, romper com a ideia de que a hipossuficiência do consumidor seja uma ideia que esteja ligada apenas com a deficiência econômico-financeira. É certo que pode isso se dar, mas, se alguma ideia merece generalização, é a de que o desequilíbrio que se tem em conta, quando se cuida de vulnerabilidade do consumidor, situa-se no campo do conhecimento. Protege a lei o consumidor porque ordinariamente se encontra, do ponto de vista da ciência, em pior situação do que o fornecedor. [...]”.

Obviamente, quando o legislador do Código de Defesa do Consumidor inseriu a possibilidade de inversão do ônus da prova, pretendeu dizer que poderia ocorrer uma inversão da regra do art. 333 do Código de Processo Civil.¹⁷ Houve, assim, uma previsão legal de hipótese de alteração no ônus da prova, a qual deve ser aplicada pelo juiz sempre que diante da verossimilhança das alegações do consumidor ou, se verificado sua hipossuficiência.

Apesar de existir uma autorização normativa para alterar a regra prevista no art. 333, do Diploma Processual Civil, a inversão se dá pela verificação pelo magistrado se na situação concreta foi preenchido um dos dois requisitos determinados pelo Código de Defesa do Consumidor, isto é, desde que o juiz constate a presença da verossimilhança nas alegações do consumidor *ou* que seja hipossuficiente. É de se destacar que a inserção da possibilidade de inversão do ônus da prova promoveu certa flexibilização no critério estático do Código de Processo Civil, sendo aplicável também aos processos que tutelam interesses de natureza transindividual¹⁸.

3 O ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

A comunidade jurídica, recentemente, tem se voltado para o estudo de uma forma diversa de distribuição do ônus da prova, mormente quando a parte estiver diante de uma *prova diabólica* ou de difícil realização, pois, nestas situações, o litigante não conseguiria se desincumbir do ônus da prova, ensejando-lhe um julgamento desfavorável. Alguns autores

(DALL'A DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 90, v. 788, p. 92-107, jun. 2001, p. 96).

¹⁶ Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 nov. 2012.

¹⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 208, p. 295-316, jun. 2012, p. 304.

¹⁸ Cabe ressaltar que, por existir um microsistema formado a partir integração de normas de tutela coletiva de direitos, no qual o Código de Defesa do Consumidor assume papel de destaque juntamente com a Lei da Ação Civil Pública, entende-se que a inversão do ônus da prova também é possível de ser aplicada nas ações de natureza coletiva. Acrescente-se que para Eduardo Cambi nos processos transindividuais seria necessário o enquadramento na verossimilhança da alegação ou na hipossuficiência, vejamos: “Para aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, aos demais processos transindividuais, todavia, não basta a mera existência da previsão do art. 21 da LACP, uma vez que a inversão do ônus da prova se dá *ope iuris* e não *ope legis*, tal como ocorre na técnica contida no art. 333 do CPC. Em outras palavras, a inversão somente vai ocorrer se o magistrado verificar, no caso concreto, a presença dos requisitos legais, quais sejam: a verossimilhança da alegação *ou* a hipossuficiência do autor da ação coletiva”. (CAMBI, Eduardo. **Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais**: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 30, nº 127, p. 101-105, set. 2005. p. 103).

chegam a afirmar que, nesses casos, haveria uma “restrição oculta de acesso à justiça”¹⁹. Assim sendo, com vistas a produzir um julgamento mais justo e com igualdade entre as partes, uma expressiva parcela da doutrina brasileira tem apoiado a aplicação da teoria do ônus ou da carga dinâmica das provas.

A concepção de distribuição dinâmica do ônus da prova não é nova, deu-se com o filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham que previa a distribuição do ônus como uma regra geral, embora seja oportuno assinalar que este pensador não mencionou que essa distribuição do ônus probatório nos casos concretos devesse ocorrer para corrigir eventual injustiça²⁰. Em seu *Tratado de Las Pruebas Judiciales* afirma que “La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos”.²¹

Jeremy Bentham ainda pressupunha que era fácil saber qual das partes possuía melhores condições de provar, bastava o comparecimento inicial das partes perante o juiz²²⁻²³.

A ideia de distribuição do ônus da prova à vista de quem possui melhores condições de provar tem sido revisitada e aprimorada por Jorge W. Peyrano, da Argentina.

Antonio Janyr Dall’agnol Junior assevera que, segundo a teoria da distribuição dinâmica da prova não deve haver fixação prévia do ônus da prova, bem como a produção da prova independe da posição que a parte ocupa no processo e da divisão clássica de fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos.²⁴

Sob essa concepção, caberia ao juiz distribuir o ônus da prova entre as partes, com vistas à facilidade material de produção da prova. Sob esse viés, seria pertinente pensar em um sistema *ope judicis* de distribuição da carga probatória e não *ope legis*.

¹⁹ Opinião exarada por Thaís Bazzaneze em Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 205, p. 55-87, mar. 2012. p. 64.

²⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 205, p. 115-159, mar. 2012. p. 129-130.

²¹ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971. v. II. p. 149.

²² Em suas palavras: “En el procedimiento natural, ese conocimiento, al igual que el de otros varios aspectos, será fácilmente logrado em uma comparencia inicial de las dos partes ante el juez”. (Ibidem, p. 149).

²³ Todavía é importante destacar que Jeremy Benthan entende que a parte demandante é a principal interessada em realizar a prova, porque sobre ela recaem as consequências desfavoráveis de não ter conseguido fazer a prova. (Ibidem, p. 150).

²⁴ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 90, v. 788, p. 92-107, jun. 2001, p. 98.

4 A OPÇÃO PELA DUALIDADE DO LEGISLADOR DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

É cediço que tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados sob o nº 8.046/2010 substitutivo ao projeto de lei advindo do Senado Federal que objetiva inserir um novo Código de Processo Civil ao direito brasileiro, revogando o Código em vigência. Portanto, é momento ideal para levantar todas as opções doutrinárias e jurisprudenciais e analisar o seu cabimento para que a nova codificação esteja adequada com a realidade hodierna e possa realmente contribuir para conferir maior efetividade aos direitos.

O projeto de lei iniciado no Senado Federal implementou alteração no sistema da distribuição do ônus probatório, realizando mescla de sistemas, ou seja, manteve as disposições sobre a distribuição do ônus da prova sobre os fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos, mas autorizou que, em certas circunstâncias haja a distribuição do ônus de forma diferenciada.

Pela redação conferida ao projeto aprovado no Senado Federal, as disposições sobre o ônus da prova seriam:

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

I – ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito;

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

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

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do previsto do art. 357, deverá dar a parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

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

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.²⁵

²⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 8046, de 22 de dezembro de 2010. Revoga a lei n. 5869, de 1973.** Disponível em:

Contudo, em análise pela Câmara dos Deputados os artigos que versam sobre o ônus da prova sofreram modificação e, na leitura do parecer da Comissão ao projeto de lei nº 6.025, de 2005 e projeto de lei 8.046, de 2010, ocorrida em 19 de setembro de 2012, os dispositivos projetados sobre o ônus da prova restaram da forma a seguir, *in verbis*:

Art. 381. 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.

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.²⁶

Nota-se que a Câmara dos Deputados unificou em um único artigo as previsões para o ônus da prova que eram trazidas em três dispositivos pelo projeto do Senado Federal e, desta maneira, entende-se que andou bem, haja vista que está mantendo a distribuição estática do ônus da prova, mas com previsão de exceção de alteração do ônus da prova quando houver disposição de lei ou diante das peculiaridades da causa e, exatamente por se tratar de exceção a regra geral deve compor um mesmo artigo através de parágrafos.

Ademais, com a inserção do parágrafo segundo, determinou que a distribuição do ônus da prova de forma diferente do previsto nos incisos I e II do mesmo artigo não pode carrear a outra parte encargo difícil ou excessivamente difícil.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=82B2050AC9E02058022B5663A86620E4.node2?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 07 nov. 2012.

²⁶ Consultor Jurídico. **Comissão apresenta primeiro relatório de reforma do CPC. 21 set. 2012.** Parecer da Comissão Especial do Senado sobre o projeto de lei nº 6.025, de 2005 e projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

Em seu parecer, a Câmara dos Deputados se manifestou sobre as alterações com relação ao ônus da prova afirmando que o Senado Federal havia previsto a distribuição dinâmica da prova já adotada pela jurisprudência, entretanto, na sua redação confundia a distribuição do ônus probatório com o encargo financeiro advindo da produção da prova, além de não prescrever pressupostos legais para a nova distribuição desse ônus²⁷.

A Comissão da Câmara dos Deputados destaca ainda que:

Propõe-se, então, uma nova redação para o artigo sobre o ônus da prova, de modo a consagrar: a) a regra geral de distribuição do ônus da prova; b) a possibilidade de redistribuição, nos casos de prova diabólica ou de maior facilidade de obtenção da prova contrária; c) possibilidade de redistribuição consensual do ônus da prova.

Com este regramento, o Brasil passa a ter o código com a disciplina mais minuciosa e tecnicamente correta sobre a distribuição do ônus da prova de que se tem notícia.²⁸

O relatório da Comissão Especial da Câmara dos Deputados salienta também que corrigiu a antinomia que existia no projeto de lei do Senado Federal que possibilitava que a uma das partes fosse incumbido o ônus da produção da prova e à outra determinava o encargo financeiro, já que este não era distribuído juntamente com o encargo probatório, permanecendo como na regra estática. O relatório acresce, nesse sentido, que se o ônus financeiro de produção da prova for excessivo, a parte poderá pleitear a gratuidade da justiça.²⁹

Assim, como se observa, caso a aprovação do novo Código de Processo Civil se dê na forma prevista pela Câmara dos Deputados, o juiz, à vista de expressa previsão legal ou ainda quando as peculiaridades do caso demandarem poderá redistribuir a carga probatória, ressaltando que, nestas situações, os encargos financeiros da produção dessa prova acompanharam a distribuição judicial.

²⁷ Consultor Jurídico. **Comissão apresenta primeiro relatório de reforma do CPC. 21 set. 2012.** Parecer da Comissão Especial do Senado sobre o projeto de lei nº 6.025, de 2005 e projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

5 A CRÍTICA AO NOVO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTO PELO LEGISLADOR NO PROJETO APROVADO NO SENADO FEDERAL

A principal crítica que se pode realizar sobre a previsão de ônus estático da prova e ônus dinâmico é que os dois sistemas não apresentam compatibilidade entre si.

Contudo, antes de tratar sobre a real impossibilidade de se possuir um único sistema com regras de ônus estático e outras de ônus dinâmico, é pertinente que se analise a coexistência de regras de ônus estático com as disposições sobre a inversão do ônus da prova.

A previsão de dispositivos que fixam o ônus da prova, partindo-se da posição que ocupam as partes e do tipo de fato que deverá comprovar, apresenta perfeita compatibilidade com a regra da inversão do ônus probatório. É que, neste caso, ainda vigoraria o sistema estático da distribuição da carga probatória, com seus critérios delimitados e, a legislação autorizaria o juiz, desde que atendidos certos requisitos igualmente bem definidos, a inverter o ônus da prova, atendendo as peculiaridades do caso concreto. Pode-se constatar essa compatibilidade no Código de Defesa do Consumidor, pois, como outrora mencionado, o legislador definiu critérios claros de quando haveria possibilidade da exceção à regra estática do ônus probatório, que é a própria inversão desse ônus.

A previsão legal de possibilidade de inversão do ônus processual no Código de Processo Civil quando diante de prova diabólica ou de grande dificuldade, assim como ocorre no Código de Defesa do Consumidor traria maior efetividade na produção da prova e, desta forma, um maior grau de justiça na decisão judicial.

Parte da doutrina, entretanto, a nosso ver, confunde a inversão do ônus da prova com a teoria das cargas dinâmicas da prova. Esse fato pode ser observado no projeto de alteração de Código de Processo Civil elaborado pelo Senado Federal, o qual autoriza, no caput e no § 1º do art. 358 do projeto nº 166/2010, a distribuição diversa da estática e, no § 2º fala sobre a inversão do ônus da prova. Portanto, verifica-se que o legislador do projeto referido não distingue o ônus dinâmico da prova da inversão do ônus probatório.

O ônus dinâmico da prova pressupõe a liberdade do magistrado de distribuir o ônus da prova àquela parte que possuir melhores condições de produzi-la, aproximando, assim, da concepção de Jeremy Bentham, ou seja, para a real aplicação da carga dinâmica no processo brasileiro, deve-se passar do sistema *ope legis* para o *ope judicis*.

Para que um sistema jurídico realmente possua regras de distribuição dinâmica da prova é necessário que ela seja aplicada a todos os casos concretos, permanecendo como uma

regra geral do sistema probatório e não como uma regra de exceção ao ônus estático da prova, tal como é a inversão do ônus da prova.

No ônus estático, as regras sobre qual das partes terá desvantagem em caso de não se desincumbir da carga da prova é indicada pelo legislador; já no ônus dinâmico, é o juiz que deverá determinar sobre qual das partes recairá encargo probatório.³⁰ Desta forma, entende-se que há completa incompatibilidade entre a distribuição dinâmica do ônus da prova com as regras de distribuição estática, uma vez que esta distribuição fixa critérios rígidos que, por sua própria natureza, não conseguem coexistir com a essa margem de liberdade de análise do caso concreto, necessária do ônus dinâmico da prova.

Nesse sentido, Marcelo Pacheco Machado destaca que:

Do mesmo modo que não podemos conceber um sistema de inversão dos ônus dinâmicos da prova, não é possível falar na coexistência, dentro de um sistema, de norma que preveja critérios legais, prévios e estanques, de fixação do ônus da prova com norma que, ao mesmo tempo e sem qualquer limitação, possibilite ao juiz distribuir equitativamente esses mesmos ônus.³¹

Salienta-se que em razão da existência de disposição legal a qual permite ao juiz determinar a realização de provas de ofício, a distribuição do ônus dinâmica não é necessária no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, é cabível lembrar que no atual Código de Processo Civil há previsão que permite ao juiz determinar que a parte exhiba documento ou coisa³², sendo assim, ainda que exista o ônus fixo no sistema pátrio, há alternativas legais para se buscar o conhecimento da verdade factual sem que se tenha que alterar o sistema do ônus probatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁰ Nesse mesmo sentido, expõe Marcelo Pacheco Machado ao salientar que “A atribuição de ônus dinâmico da prova, se admitida, deve ser compreendida como uma regra geral, aplicável em todas as hipóteses. O ônus da prova, nesse caso, será atribuído sempre ao sujeito do processo que teria maior facilidade econômica, organizacional ou circunstancial. A inversão do ônus da prova, por sua vez, é uma regra de aplicação subsidiária. Aplica-se regra geral de atribuição de ônus da prova (normalmente, o art. 333 do CPC) para, tão somente em circunstâncias excepcionais, ser imposta sua inversão”. (MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 208, p. 295-316, jun. 2012. p. 304).

³¹ *Ibidem*, p. 305.

³² Artigos 355 a 363 do Código de Processo Civil.

O atual sistema probatório previsto no *Código Buzaid* permite a constatação da verdade das afirmações dos fatos. Todavia, caso o legislador brasileiro optasse por flexibilizar a rigidez da distribuição do ônus da prova, não deveria fazê-lo através de previsão da distribuição dinâmica da prova.

Dada a incompatibilidade de se manter regras estáticas e dinâmicas regendo um mesmo sistema de ônus probatório, a saída seria a disposição da exceção prevendo a possibilidade da inversão da regra geral, isto é, do ônus fixo, tal como já é amplamente aplicado no direito consumerista brasileiro. Essa exceção deve apresentar critérios bem definidos para que possa ser aplicada pelo juiz.

Contudo, é necessário ressaltar que, entre a redação proposta e aprovada pelo Senado Federal e a forma prevista pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, parece que esta última imprimiu uma melhor solução à distribuição do ônus da prova daquela exposta no projeto do Senado Federal.

Primeiramente porque unificou em um único artigo todas as disposições sobre o ônus da prova deixando claro a regra geral (distribuição fixa do ônus da prova) e, através de parágrafos realizou a previsão da exceção a este ônus.

Em seguida, o legislador definiu parâmetros para que sejam rompidas as normas do ônus fixo, indicando que a distribuição do ônus da prova se dará pelo juiz de forma diversa da prevista no estático nos casos de previsão legal ou diante de peculiaridades do caso concreto, quando houver impossibilidade ou excessiva dificuldade da produção da prova ou, ainda, quando conferir maior facilidade para a parte contrária à obtenção da prova, delimitando a inversão do ônus da prova às hipóteses elencadas. Ao indicar critérios, o legislador impôs ao julgador que antes de distribuir o ônus da prova verifique se foram preenchidos os requisitos legais, delimitando sua *margem de liberdade*³³.

Ademais, convém destacar que a regra de exceção não deverá ser aplicada caso seja difícil também para a outra parte realizar a prova ou mesmo se transfira a prova diabólica. Não se mostra razoável que o magistrado inverta o ônus da prova se ela for *bilateralmente diabólica*³⁴. Logo, foi de grande valia a inserção pelo legislador da Câmara dos Deputados, do § 2º, no artigo que versa sobre ônus de provar, que vedou expressamente, a inversão quando a prova for excessivamente difícil para a parte que, supostamente, receberia a transferência do ônus probatório.

³³ Embora essa liberdade esteja sempre vinculada aos ditames da lei.

³⁴ Expressão utilizada em YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 205, p. 115-159, mar. 2012, p. 151.

Tem-se que com a nova configuração definida pela Comissão da Câmara dos Deputados houve uma maior clareza nos critérios, além de eliminar imperfeições técnicas, embora fosse recomendável que o artigo trouxesse expressamente que se trata de inversão do ônus da prova, ou seja, hipótese de exceção na distribuição estática do ônus da prova.

Outra crítica que se pode apontar com relação à redação da Câmara dos Deputados é que a disposição de inversão não deveria contemplar a hipótese de *maior facilidade para a parte contrária à obtenção da prova* porque, como já salientado, o ônus da prova não é uma obrigação e sim uma faculdade e o magistrado não pode ter o poder de impor a parte contrária que arque com os benefícios ou prejuízos do ônus da prova se o litigante que deve realizá-la segundo as regras do ônus estático possui condições de produzi-la.

Por derradeiro, é preciso que se tome consciência que a análise dos institutos devem ser realizadas em consonância com todo sistema. Quer-se dizer com isso que o sistema brasileiro de ônus da prova possui uma efetividade adequada na medida em que prevê claramente as regras processuais de distribuição, além da possibilidade do juiz determinar a produção de prova *ex officio* e exibição de coisa ou documento.

Nessa senda, ainda que o atual legislador entendesse que o sistema necessita de flexibilização, a própria legislação brasileira traz uma solução que é efetiva: a inversão do ônus da prova. Bastava assim ao legislador do projeto do novo Código de Processo Civil prever essa possibilidade também para as relações de natureza eminentemente civis, não necessitando importar nenhuma teoria, ainda mais uma doutrina que não se compatibiliza com o sistema adotado no Brasil, salvo se quisesse radicalizar e prever somente a distribuição dinâmica do ônus da prova. Neste caso, caberiam novos estudos para verificar se a distribuição dinâmica do ônus probatório encontra compatibilidade com as regras e princípios constitucionais.

Referências bibliográficas

ALVIM, Teresa Arruda. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 19, nº 76, p. 141-145, out./dez. 1994.

BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 205, p. 55-87, mar. 2012.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971. v. II.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 nov. 2012.

_____. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 8046, de 22 de dezembro de 2010. Revoga a lei n. 5869, de 1973**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1FF78FB6C063B423AD36A3918919F8F8.node1?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>. Acesso em: 07 nov. 2012.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis: ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII, do CDC. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 30, nº 127, p. 101-105, set. 2005.

_____. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1982.

CONSULTOR JURÍDICO. **Comissão apresenta primeiro relatório de reforma do CPC. 21 set. 2012**. Parecer da Comissão Especial do Senado sobre o projeto de lei nº 6.025, de 2005 e projeto de lei nº 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal e outros, que tratam do “Código de Processo Civil” (revogam a Lei nº 5.869, de 1973). Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2012.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 90, v. 788, p. 92-107, jun. 2001.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de pruebas judiciales**. Bogota: Editorial Temis, 1969.

GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 208, p. 91-124, jun. 2012.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

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 diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 204, p. 231- 242, fev. 2012.

_____. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 208, p. 295-316, jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, ano III, nº 13, p. 60-73, jul./ago. 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MICHELI, Gian Antonio. **La carga de la prueba**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.

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

_____. O juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo, ano IX, nº 35, p. 178-184, jul./set. 1984.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev. ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da prova e o projeto de código de processo civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 100, nº 913, p. 301-321, nov. 2011.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 35, nº 185, p. 107-116, jul. 2010.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ROSENBERG, Leo. **La carga de La prueba**. Tradução de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

SANTOS, Moacir Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 5 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova (em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 37, nº 205, p. 115-159, mar. 2012.