

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA III**

ILTON GARCIA DA COSTA

LUCIANA COSTA POLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa, Luciana Costa Poli – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-550-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos Sociais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

Com imensa satisfação apresentamos o livro do grupo de trabalho denominado “Jurisdição e acesso à Justiça III” do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI São Luís/MA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal do Maranhão – UFMA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça com o tema “DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA” realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 no campus da Universidade Ceuma em São Luís.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao tema “Processo, Jurisdição e Acesso à Justiça III” que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do grupo de trabalho. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, reúne a obra artigos que apontam diversas e interessantes questões relativas ao processo civil, ações constitucionais, procedimento administrativo, serventias extrajudiciais, etc. O vigor dos pesquisadores processualistas brasileiros, se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos que propiciaram a elaboração dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos textos que compõem essa obra apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de um pensamento crítico, a possibilitar a construção de um direito voltado à concretização dos valores insculpidos pela Constituição da República.

São Luís, novembro de 2017.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUC Minas

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PROVA SUFICIENTE E O JULGAMENTO POR ÔNUS DA PROVA
SUFFICIENT EVIDENCE AND THE BURDEN OF PROOF JUDGEMENT

Matheus Carneiro Lima ¹

Resumo

O presente artigo apresenta a análise do ônus da prova a partir de duas categorias distintas: a primeira, a partir da divisão clássica adotada no direito brasileiro entre os aspectos objetivos e subjetivos do ônus da prova; a segunda, a partir da divisão mais adotada nos sistemas de common law entre ônus da produção e ônus do convencimento. A seguir, é discutida a compatibilidade dessa segunda divisão com o ordenamento jurídico brasileiro, sua relação com o conceito de suficiência probatória e como essa nova divisão pode ser útil para solucionar certas questões no direito brasileiro.

Palavras-chave: Processo civil, Ônus da prova, Ônus da produção, Ônus do convencimento, Standard de prova

Abstract/Resumen/Résumé

This paper presents a analysis of the burden of proof from two distinct categories: the first, from the classic division adopted in Brazilian Law between the objective and subjective aspects of the burden of proof; the second, from the most adopted division in common law systems between the burden of production and the burden of persuasion. Then, it discusses the compatibility of this last division with the brazilian legal system, its relation to sufficient evidence and how this new division can be useful to solve certain questions in Brazilian Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Burden of proof, Burden of production, Burden of persuasion, Standards of proof

¹ Mestrando em Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado pela Universidade Federal do Maranhão. Advogado em Lucon Advogados.

1. INTRODUÇÃO

Muito se produz na doutrina brasileira acerca do ônus da prova. Apesar da previsão básica sobre o ônus da prova parecer relativamente simples em nosso ordenamento processual civil, onde cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu as provas dos fatos modificativos.

A prova é instituto presente em todos os ordenamentos jurídicos, regulamentada das mais diversas maneiras. Essa universalidade em termos práticos vem da relação da prova com os fatos do mundo concreto. Segundo Taruffo, todas as diferentes concepções relativas à *rule of law* ou ao estado de direito têm em comum o princípio segundo o qual a lei deve ser aplicada quando a verdade dos fatos aos quais a regra legal se refere estiver devidamente estabelecida (TARUFFO, 2014, p. 87-98).

A doutrina alemã introduziu esse conceito como *Tatbestand*, que veio a ser introduzido na doutrina brasileira por meio de Pontes de Miranda, com a denominação *suporte fático*. Sobre o tema, citamos Clóvis do Couto e Silva (SILVA, 1998, p. 250), para quem a “concepção [de processo como relação jurídica] nasce no ano de 1868, com a obra de Oskar Bülow (...). Ele passou a aplicar no processo civil a noção de “Tatbestand” que Pontes de Miranda tanto enfatiza em sua obra e traduziu como “suporte fático”. Prossegue o autor afirmando que “Tatbestand” é uma noção de teoria geral do direito ainda quando à época não se tivesse dessa disciplina uma idéia definida”.

Quando do desenvolvimento da Teoria Geral do Direito, o *suporte fático* foi adotado por diversas teorias, dentre as quais Taruffo cita a de Hans Kelsen como adequada para demonstrar a conexão entre fatos e direito (TARUFFO, 2014, p. 87-98):

Such a statement may be better understood by referring to the classical Hans Kelsen's theory according to which any legal rule has a conditional logical structure and is composed by the combination of two statements: the former establishes a *condition* (or *protasis*) and is the statement referring to a *type* of facts, i.e. to a kind of factual occurrence defined in general terms (since rules usually are expressed in “general and abstract” words). The German doctrine speaks of *abstrakte Tatbestand* in order to underline that the content of this part of the rule is “factual” (*Tatbestand*; Hare talked of the *frastic* part of the rule) and is stated in general terms.

Então, sempre que se buscar a aplicação de uma norma jurídica deve-se constatar que as condições fáticas para sua aplicação existem no mundo real. E essas condições são demonstradas no âmbito do direito através das provas, definidas por Bentham (1838-1843, p.

343) dentro do âmbito jurídico como qualquer fato apresentado ao conhecimento de um juiz, para produzir em sua mente uma persuasão acerca da existência de algum outro fato, tomado como relevante para uma decisão vir a ser tomada.

Nesse sentido, segundo Greco (2003-2004, p. 213-269), as provas enquanto meios de definição dos fatos existem fora do processo e independem deste, influenciando comportamentos e decisões adotadas em todos os momentos da vida pelos seres humanos. O processo deve ser capaz de reproduzir a realidade da vida com a mesma segurança e credibilidade com que o mais atento observador ou o mais bem aparelhado cientista é capaz de fazê-lo, e para isso utiliza-se as provas.¹

Mas as peculiaridades dogmáticas do direito processual acabam influenciando o modo como a atividade probatória em seu âmbito se desenvolve. Existem limites à busca da verdade dentro do processo, que podem limitar a produção da prova, para proteger direitos fundamentais (como as regras de exclusão das provas ilícitas). Existem necessidades práticas, do escopo de pacificação social do direito, que levam à vedação do *non liquet*, e obrigam o juiz a decidir com base no ônus da prova quando não puder se convencer dos fatos da causa.

Quanto a este último, seu caráter subsidiário exige que existam parâmetros para sua aplicação, a impedir que a idéia do convencimento ou não convencimento se torne discricionariedade, de onde decorre a idéia da prova suficiente.

2. FATO, VERDADE E PROVA

Para os fins da atividade jurisdicional, em teoria, o mais importante não seriam os argumentos, mas os próprios fatos que servem como suporte para a aplicação da norma. Ao contrário do discurso racional da filosofia, o direito processual possui como um de seus escopos a solução de conflitos entre partes (cabe ressaltar que a atividade jurisdicional não possui como fim apenas a solução de conflitos, já que se adotasse tal postura isoladamente, qualquer solução ao litígio seria suficiente). Como leciona Taruffo, os princípios do estado de direito requerem que as disputas sejam resolvidas *de uma certa maneira*, ou seja, através do direito aplicável, e que a aplicação só pode ocorrer à luz dos fatos no caso concreto, devendo tais fatos ser propriamente reconstruídos como “verdadeiros”.

¹ Antes de introduzir seu conceito de prova relacionado ao direito, Bentham também trabalha um conceito mais amplo de prova, do qual se aproveitam todas as ciências, e mesmo os grupos sociais mais primitivos.

Além da visão puramente utilitarista de resolução de conflitos, outra posição que se contrapõe é aquela que defende que a atuação adversarial no processo, visto primariamente como uma competição ou um embate entre as partes, seria suficiente para legitimá-lo. O juiz, em sua posição de neutralidade não poderia buscar a verdade, devendo ater-se apenas ao que for produzido por esse embate entre as partes. Posição semelhante seria aquela pela qual o procedimento legitima a decisão final, ou seja: Uma decisão que siga o procedimento será sempre legítima, independente de seu conteúdo.

Ao final, essas posturas todas pecam por permitir que se apliquem aos casos concretos soluções diferentes do que aquelas prescritas pelo ordenamento jurídico. A aplicação da lei não depende apenas do processo, mas também do conhecimento dos fatos que constituam o suporte fático das normas a serem aplicadas e de uma interpretação adequada. Assim, todas essas seriam condições necessárias para a aplicação correta do direito, mas nenhuma suficiente por si só.

Retomando o que foi levantado acima acerca da reconstrução dos fatos como “verdadeiros”, cabe ressaltar que o conceito de verdade foi debatido historicamente na filosofia, não havendo uma definição inequívoca de verdade universalmente aceita. Ainda assim, autores como Taruffo e Greco defendem que mesmo que uma verdade absoluta não possa ser alcançada, esta deve ser o objeto da busca do processo, para fundamentar a correta aplicação do direito. Nesse sentido (GRECO, 2003-2004, p. 213-269):

O que é preciso assentar é a necessidade garantística da apuração dos fatos, a necessidade de buscar a verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico. (...) Ferrajoli qualifica a garantia jurisdicional como o direito a um julgamento conforme à verdade jurídica e fática. Mas a verdade não compõe apenas essa garantia. É também pressuposto da justiça das decisões judiciais e, como tal, da própria legitimidade política do Judiciário, como guardião da ordem jurídica e dos direitos dos cidadãos, e limite intransponível ao arbítrio. Por isso Taruffo a qualifica como um dos escopos institucionais do processo.

Então, não sendo suficientes nem a busca por uma verdade absoluta, de conceitos metafísicos, nem o contentamento com uma verdade “jurídica” que não passa de uma ficção de certeza, o processo para garantir a aplicação do ordenamento jurídico deve objetivar a busca da verdade “acessível ao conhecimento racional a respeito dos fatos do mundo em que o ser humano vive e age” (GRECO, 2003-2004, p. 213-269). A verdade, por mais inacessível que seja em absoluto, é utilizada como um guia, um norte que irá conduzir a

atividade de conhecimento do juiz, devendo sempre ser almejada. O resultado seria o que Marinoni denomina “convicção da verdade”, isto é (MARINONI, 2004, p. 9-28):

A “convicção da verdade” é relacionada com a limitação humana de buscar a verdade e, especialmente, com a correlação entre essa limitação e a necessidade de definição dos litígios. Para ser mais preciso: o juiz chega à convicção da verdade a partir da consciência da impossibilidade da descoberta da sua essência, uma vez que é essa que demonstra a falibilidade do processo para tanto.

Assim, essa convicção da verdade seria um objetivo firmado para a atividade do juiz, em um sistema que tenha como valor abstrato a ser perseguido a verdade, mas reconheça as limitações ônticas, epistêmicas e metodológicas à sua busca.

O modo como as cortes encaram a reconstrução da verdade no âmbito de sua atividade jurisdicional varia ao redor do mundo e de a qual fim os processos se propõem. Escrevem Van der Pol e Petrov sob o tema, relatando que na Holanda pacificaram o entendimento segundo o qual as cortes devem empregar seus esforços na busca pela verdade para obter um julgamento adequado, ao mesmo tempo admitindo que a busca pela verdade é mais relacionada à atitude da corte que ao resultado final; enquanto na Rússia as cortes não reconhecem um dever legal de busca pela verdade, mas tendem a agir como se devessem atingir uma verdade objetiva (VAN DER POL; PETROV, 2015, p. 110-132).

No modelo americano, onde prevalece um modelo adversarial forte, a busca pela verdade é um tanto mitigada em favor do embate das partes no processo. A ideia da “preponderância da evidência” é a regra na maioria dos casos cíveis, onde para se obter uma sentença favorável é necessário apenas que seus argumentos e provas se sobreponham aos da outra parte, independente de sua capacidade de convencimento (SACKETT, F.; SACKETT, A.; 1908.).

Porém, em casos onde o interesse público ou direitos indisponíveis estejam envolvidos, o judiciário americano adota outros parâmetros de prova, como no caso *Addington v Texas*, onde a Suprema Corte americana decidiu que a preponderância da evidência não era suficiente em casos civis que envolvessem internação em instituições mentais.² Nesses casos, a simples prevalência dos argumentos do autor em relação ao réu não

² *Addington v Texas*, 441 U.S. 418 (1979)

foi considerada suficiente, sendo necessário um grau de certeza maior, uma “convicção de verdade”, como exposto acima.

No direito brasileiro, a busca da verdade é colocada como objetivo no próprio ordenamento jurídico. O código de processo civil de 1973 coloca como dever das partes “expor os fatos em juízo conforme a verdade” (artigo 14, I), reputa como litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos (artigo 17, II), permite que o Ministério Público, como fiscal da lei, requeira medidas e diligências necessárias ao descobrimento da verdade (artigo 83, II), entre diversas outras.

No novo código de processo civil a tendência continua, sendo que no artigo 369 a lei insere como função das provas “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido e a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Note que em um primeiro momento a lei fala em verdade dos fatos, para em seguida considerar a convicção do juiz como objetivo da atividade probatória. Não há incompatibilidade aqui; a questão da verdade é apenas analisada sob um viés pragmático do processo judicial, que se resolve através da decisão do juiz.

Essa busca pela verdade se realiza através do contraditório no processo civil, podendo ser mitigada em razão de necessidades específicas de institutos processuais. Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Sérgio Cruz Arenhardt (2005, p. 21):

É preciso admitir que o direito processual não está habilitado à busca da verdade substancial, e, a partir de então, reformular toda a doutrina processual, para ajustá-la à avalanche de mudanças que esta nova postura acarreta. Somente com esta necessária mudança terá esta ciência condições para compreender e lidar com novas situações emergentes, permitindo lidar, adequadamente, com os instrumentos de que o processo dispõe.

3. ÔNUS DA PROVA: SUBJETIVO E OBJETIVO

3.1 Conceito

O conceito de ônus da prova não é exclusivo à teoria do direito, sendo amplamente utilizado na filosofia, principalmente em campos como teoria da argumentação e do discurso, definido de forma mais ampla que seu uso jurídico. Segundo Douglas N. Walton, um conceito aplicável de ônus da prova seria “an allocation made in reasoned dialogue which sets the strenght (weight) of argument required by one side to reasonably persuade the other side”

(WALTON, 1988, p. 234)³. Esse conceito, ao focar no convencimento da parte contrária, e ao se focar em argumentos mais que em fatos, é característico da teoria da argumentação, que pressupõe um diálogo racional e persuasivo.

No direito, o conceito de ônus da prova muitas vezes se constitui de conceito complexo, utilizado na prática jurídica para definir uma pluralidade de posições e situações processuais. Como exemplo de tal situação (V.H.L., 1919, p. 264-266):

It is not clear in what sense the court used the term in the case under discussion. Did the court in its use of the term mean that if there were no evidence offered by either party from which it could be determined whether or not the car was inspected, that the jury should be advised that it should find that it was not inspected because the burden was on the defendants to prove inspection? Or, if evidence were offered by both parties on this issue, did the court intend by what it said, to indicate that if the jury were to find such evidence so evenly balanced as that it could not tell where the preponderance did lie, it would be the duty of the jury to find that there was no inspection because the defendants had failed to lift the burden which was theirs? If such be the meaning of what the court says, it is a declaration that the jury is to determine that the defendants are liable in plaintiff's action for negligent injury although it is unable to find they were guilty of the negligence charged. In the clause immediately following the one quoted the court goes on to state that the plaintiff did introduce evidence from which the jury would be justified in concluding that the car was not inspected.

Apesar de tais confusões, a teoria do direito na *civil law* possui um conceito bem desenvolvido. O autor da definição mais aceita é James Goldschmidt, para quem o ônus é um imperativo do próprio interesse, situação de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, distinto de uma sanção.

O conceito de ônus também é trabalhado pela doutrina italiana, de forma semelhante ao instituto do direito brasileiro. Segundo Michelle Taruffo (2013, p. 420-431):

Parece, portanto, possível compreender as situações subjetivas de modo que as partes venham a descobri-las como ônus que elas devem satisfazer com a modalidade que a lei prevê, se quiserem obter os efeitos aos quais os relacionados atos são pré-ordenados. Em regra, na verdade, quando a lei fala em termos de “dever” – como faz, por exemplo, no artigo 2697 –, na realidade se refere a ônus ao invés de deveres em sentido estrito. De outra parte, mesmo quando se fala de direitos se faz frequentemente referência a situações que, na realidade, têm a estrutura do ônus

Dinamarco, por outro lado, adentrando mais especificamente no ônus da prova, o define 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”. Ainda segundo o autor (DINAMARCO, 2005, p. 71):

o manuseio da técnica consistente em impor ônus às partes, muito intenso no processo civil dispositivo, produz o efeito de motivá-las ativamente do contraditório processual porque sabem que consequências sua omissão ou desídia poderiam importar.

Então, o ônus da prova na forma que encontramos no artigo 333 do Código de Processo Civil funciona além de uma regra, como um mecanismo de direcionamento das partes processuais. As partes, ao perseguir seu próprio interesse de ter sucesso na causa, devem se desincumbir dos ônus que lhe são impostos como requisito para atingir os fins esperados. No caso da prova, a parte deve trazê-la aos autos para que não exista uma presunção em seu desfavor, da inexistência de fatos que lhe interessam.

Uma visão diferente sobre o ônus e seu papel é apresentada por Yarshell, para quem este possui, além do interesse da parte, uma grande carga de interesse público. Segundo o autor, sendo o juiz o destinatário da prova, para formar seu convencimento, quando esta não é produzida, a desvantagem não se estende apenas à parte, já que “quando o Estado, para afastar o *non liquet*, é forçado a proferir julgamento sem ter efetivo conhecimento dos fatos há ao menos em termos lógicos, uma perda para o interesse público” (YARSHELL, 2009, p. 51).

Tal fato é ainda mais fácil de se perceber durante a tutela de direitos transindividuais, durante as quais o juiz deixa de adotar uma postura totalmente privatista, privilegiando a proteção aos grupos transindividuais. Um exemplo disso é a coisa julgada *secundum eventum probationis*, que põe a verdade real do caso acima das convenções sobre provas ao tratar de direitos difusos, e apesar de permitir que decisões extingam o processo com base em insuficiência de provas (ou seja, aplicam o ônus da prova contra o autor), tais decisões não ensejam a eficácia negativa da coisa julgada.

Partindo de uma posição mais próxima da segunda vertente apresentada, surge a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova. Segundo Líbia da Graça Pires, essa teoria se formou primeiramente na doutrina argentina, tendo como precursor o argentino Jorge W. Peyrano. Prossegue a autora escrevendo que (PIRES, 2011):

“Percebe-se de pronto que a teoria da carga probatória dinâmica rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi* tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso, não importando a posição das partes e tampouco a qualificação do fato como constitutivo, impeditivo,

modificativo ou extintivo. Vale dizer, é dinâmica porque o encargo de provar é independente de enfoques apriorísticos, limitando-se a indicar que o peso da carga da prova recai sobre aquele em melhor condições técnicas ou profissionais de produzi-la.”

Não obstante não haver desenvolvido na sua jurisprudência uma teoria estruturada do ônus dinâmico, a suprema corte americana já admitia que a natureza de certos casos permitisse que os ônus fossem distribuídos de maneira diferente da regra habitual, como podemos verificar em diversos casos.⁴ Porém, tais posicionamentos sempre foram entendidos como exceções.

O direito brasileiro acolheu a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus em seu novo código de processo civil, que examinaremos mais a frente.

3.2 Os aspectos do ônus da prova: Subjetivo e Objetivo

A doutrina divide o ônus da prova em seus dois aspectos: objetivo e subjetivo. O aspecto objetivo do ônus da prova é aquele que é predominantemente voltado ao juiz, orientando a forma como esse irá decidir em caso de as provas trazidas aos autos não serem suficientes para a elucidação dos fatos controvertidos, atuando como uma *norma de clausura* do sistema (PEYRANO, 2010, p. 107-116). Se um fato não pôde ser provado, a consequência dessa ausência recairá sobre aquele a quem cabia o ônus da prova, mesmo que o juiz possua dúvidas sobre o caso, e seu convencimento não seja o desejado sobre a questão fática. Nesse aspecto, a distribuição do ônus da prova se mostra uma regra de segurança jurídica, por não permitir decisões arbitrárias do juiz no momento de julgar um processo com conteúdo probatório insuficiente. Sobre esse tema, escrevem Macêdo e Peixoto (2014):

“Tais regras levam, de certa forma, a um retorno ao formalismo na apreciação probatória, mas que se afigura necessário, sob pena de ser chancelado o arbítrio, configurado caso fosse permitido ao magistrado uma decisão por equidade em caso de ausência de provas”

Relevante lembrar que a aplicação do aspecto objetivo do ônus da prova deve ser sempre subsidiária, e só em casos onde não foi possível obter êxito na instrução. Nesses casos, o ônus da prova servirá de regra de julgamento, como explanado por Marinoni (2006, p. 60-72):

⁴Keyes v. School District No. 1, 413 U.S. 189 (1973), Alaska Department of Environmental Conservation v. EPA, 540 U.S. 461 (2004)

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

Peyrano defende a mesma posição, qualificando que o ônus da prova como regra de julgamento deve ser aplicado *in extremis*, de forma residual, apenas quando não houver dúvida sobre sua aplicação. Segundo o autor (PEYRANO, 2010, p. 107-119):

La procedência de la solución judicial de um litigio gracias a la aplicación de la regla de la carga de la prueba, debe considerarse de interpretación restrictiva cuando en el curso del proceso respectivo se ha producido prueba. En este caso, la debida fundamentación de la resolución respectiva debe incluir un estudio pormenorizado de todas las pruebas producidas y la explicitación de las razones por las que se la considera insuficientes para demostrar lo que se debía probar.

Quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova, verifica-se que se direciona às próprias partes em um processo judicial. Segundo Barbosa Moreira (1980):

Parte-se da premissa, explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato de veras ocorreu – numa palavra: de prová-lo.

O aspecto subjetivo é aquele que se direciona à parte, definindo previamente a quem caberá a consequência pela ausência de produção de uma certa prova, ou seja, quais são as provas que cabem a cada um produzir dentro do processo, e como sua ausência influenciará o julgamento. A regra não se trata de uma obrigação da parte, em que o descumprimento acarreta uma sanção legal, mas de uma condição, uma faculdade concedida à parte que se sujeita às regras do processo judicial, com consequências preestabelecidas em caso de descumprimento, sem se configurarem como penalidade.

O aspecto subjetivo condiciona a desincumbência do ônus à efetivação do interesse da parte, transformando-o em um imperativo do próprio interesse. Nesse sentido, Macêdo e Peixoto ensinam (2014):

Repete-se, por pertinente, que se trata de ônus, em outras palavras, não há obrigações na produção de provas pelas partes, mas a faculdade de instruir ou não o juízo. As partes fornecerão as provas em atendimento aos seus

interesses. Nessa esteira fala-se que a atividade provatória das partes é guiada pelo binômio *liberdade-necessidade*.

Então, o aspecto psicológico que o ônus traz à parte, após sua distribuição, não pode ser desconsiderado na relação processual. Por mais que não seja uma obrigação, mas um ônus, a influência que essa distribuição causa nas partes não pode ser desprezada pelo julgador. Por mais que pelo princípio da aquisição processual as provas após produzidas se incorporem ao processo, não importando sua origem, a parte só irá produzir as provas que lhe couberem no processo, por seu caráter adversarial, já que cada parte busca seu êxito contraposto ao interesse alheio. Então, não é razoável esperar que a parte extrapole seu ônus, e produza provas que sejam de interesse do adversário, a não ser que haja uma determinação legal ou judicial prévia.

A importância dessa distinção e seus efeitos práticos são facilmente verificáveis nos julgados acima. Se fosse considerado apenas o aspecto objetivo, como intentaram os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, não haveria óbice à inversão realizada apenas na sentença. Nesse caso, um litigante poderia ser surpreendido com a consequência de um ônus que não pôde escolher cumprir ou descumprir, porque lhe foi atribuído postumamente.

Grinover, Watanabe e Nery Júnior (2011) utilizam o argumento de que ao saber que o juiz poderia inverter em tese o ônus da prova em favor do consumidor, o fornecedor, enquanto parte com mais condições econômicas e técnicas, deveria produzir todas as provas possíveis para se desincumbir de uma possível inversão futura. Com a devida vênia aos ilustres mestres, parece-nos mais acertado o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, impedindo que os atos processuais se realizem mediante expectativa de decisão, e garantindo a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Levando em conta o aspecto subjetivo do ônus da prova, verificamos ser possível manejar técnicas como a distribuição dinâmica para fazer com que as partes que possuem a maior possibilidade de produzir certas provas tenham interesse em fazê-lo, trazendo o máximo de informação ao juízo, e permitindo que este forme sua convicção o mais próximo possível da verdade buscada.

4. ÔNUS DA PRODUÇÃO E ÔNUS DA PERSUASÃO

Cabe ressaltar que nos países de common law, a ideia de ônus da prova é dividida em duas vertentes: o ônus de produção e o ônus de persuasão. Essa divisão é relacionada tanto com o fato do uso mais amplo do instituto dos juris em casos cíveis, quanto do uso da técnica da “preponderância da evidência”. Assim como grande parte dos conceitos no direito, a divisão entre estas duas cargas processuais não é clara em todas as situações.

Para a Suprema Corte Americana, o ônus da prova é o ônus da persuasão (apesar de reconhecer uma confusão histórica na aplicação dos termos), enquanto o ônus da produção seria o “ônus de trazer as provas” (burden of going forward with evidence).⁵ Outras cortes utilizam o termo englobando os dois ônus separadamente, como subtipos de uma classe maior, enquanto outras ainda utilizam o termo indiscriminadamente (MCCAHEY, 2008). A parte que falha em se desincumbir de qualquer um desses ônus vai sofrer o mesmo resultado: um julgamento em seu desfavor. Porém, o raciocínio utilizado nessas decisões é bastante diferente.

Entende-se por ônus de produção a situação subjetiva consistente em um imperativo do próprio interesse de trazer ou solicitar a produção de provas dentro de um processo, para evitar um prejuízo processual. Fleming James Jr. fala em “risco da não-produção”, apesar de ressaltar que a expressão não é amplamente utilizada (JAMES JR., 1961). Outro conceito para o ônus da produção, é que este seria um ônus de um litigante trazer ao processo as provas de suas proposições de fato necessárias.⁶

O ônus da produção é o ônus inicial em relação à carga probatória: se dele a parte não se desincumbe, não trazendo ou produzindo nenhuma prova relativa a uma questão de fato do processo, esta terá em seu desfavor o julgamento final por sua simples inatividade. Se a parte se desincumbe dele, trazendo a prova que o juiz considera necessária para o prosseguimento do processo (não para o julgamento em seu favor), este é repassado à outra parte, para dele se desincumbir.

A parte que não traz nenhuma prova no momento adequado, ou aquela que traz uma prova que não é considerada admissível para a instrução tem o julgamento em seu desfavor mesmo sem a análise aprofundada das questões de fato. Nos julgamentos civis por júri, quando a parte falha em se desincumbir de seu ônus da produção (lifting the burden of

⁵ Director, Office of Workers' Compensation Programs v. Greenwich Collieries 512 U.S. 267 (1994)

⁶ El v. Southeastern Pennsylvania Transportation Authority, 3rd Cir., No. 05-3857 (March 19, 2007).

production), o juiz pode encerrar o processo por meio de uma decisão sua, sem levar ao júri as questões de fato (nonsuit ou dismissal). Em nosso sistema, no momento em que uma das partes falha em se desincumbir de seu ônus de produção, o juiz, via de regra, encerra a instrução e profere julgamento contra aquela parte.

A parte pode falhar de diversas maneiras em se desincumbir do ônus da produção: Ela pode simplesmente não trazer nenhuma prova aos autos; Ela pode trazer aos autos ou solicitar a produção apenas de provas ilícitas; Ela pode trazer provas que não dizem respeito aos fatos controvertidos da causa; Ela pode produzir provas apenas em relação a alguns dos fatos controvertidos, sendo os outros suficientes para um julgamento de mérito. Em que pese algumas situações limítrofes entre as duas categorias, a diferença principal é que se aplicará o ônus da prova de imediato, independente da análise da suficiência da prova da outra parte, ou seja, sem considerar a totalidade da prova produzida pelas partes (se o houver).

Já o ônus da persuasão, ou risco da persuasão, pode ser definido como o ônus das partes de convencer o julgador que suas proposições de fato necessárias são verdadeiras⁷ ou o ônus das partes de persuadir o julgador que uma proposição a ser provada é mais provavelmente verdadeira que falsa.⁸

Para que o julgador chegue à análise do ônus da persuasão, ambas as partes devem ter se desincumbido de seu ônus de produção, seja por trazer provas que satisfaçam os requisitos apontados acima, ou por outros meios, como uma inversão do ônus da prova ou uma presunção legal.

Ao contrário do ônus da produção, cuja alocação inicial pode ser realizada de modo diverso, e que é repassado entre as partes à medida que novos fatos, argumentos e contraprovas são apresentados (*shifting*), o ônus da persuasão em regra se mantém com a parte autora, que suporta o risco da incerteza do juiz, no caso deste considerar produzidas todas as provas necessárias.

Talvez haja mais valor na referida distinção no direito americano, onde a avaliação dos fatos (*factifinding*) é dever primário do júri em grande parte dos casos cíveis. Mas, mesmo nesse sistema, existem diversos casos de julgamentos realizados apenas pelo juiz

⁷ Idem

⁸ Keeler Brass Co. v. Cont'l Brass Co., 862 F.2d 1063, 1066 (4th Cir. 1995).

(*bench trials*), nos quais o juiz decide tanto sobre fatos quanto sobre o direito, e se aplicam as mesmas regras e a mesma divisão de ônus.

Mas, para fins de argumentação, ao considerar a divisão entre produção e persuasão, percebemos que existem duas hipóteses de julgamento por ônus da prova: aquele em que a parte não se desincumbiu do ônus da produção, e aquele em que a parte não se desincumbiu do ônus do convencimento. Essa divisão torna extremamente importante a ideia da suficiência probatória, ou da prova suficiente.

5. A SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA O JULGAMENTO POR ÔNUS DA PROVA

Deve se ressaltar ainda que, apesar de haver áreas cinzentas entre a distinção de questões de fato e de direito, essa distinção ainda é a base de muitos institutos no nosso direito processual, e é aplicável a uma grande parte dos casos.

E é com base nessa distinção que trabalharemos a suficiência da prova de modo distinto, como um componente individualizado da racionalidade das decisões judiciais.

Como verificamos no item anterior, independente da adoção de um conceito unitário ou dual de ônus da prova (como ônus da produção ou da persuasão), a suficiência da prova é questão relevante.

Conquanto a regra no processo cível brasileiro seja o livre convencimento do Juiz (com todas as controvérsias dessa “liberdade de convencimento”, ou de uma suposta “racionalidade”), a ausência de parâmetros de suficiência probatória gera um altíssimo nível de insegurança jurídica.

Como escreve Paula de Gil, a inexistência de parâmetros definidos para a suficiência probatória leva à tautologia insuperável de que “es suficiente la prueba que el tribunal crea que es suficiente” (DE GIL, 2014, p. 131).

Essa incerteza é danosa a todo o ordenamento jurídico, e às próprias funções do direito à prova, já que como ensina Yarshell (2009, p. 41), não é cabível pensar que as provas pertencem apenas ao juiz, para a formação do seu convencimento, mas também levam as partes a formar seu próprio convencimento sobre fatos, cursos de ação, e suas próprias chances em um processo judicial. Com a promulgação do novo Código de Processo Civil voltou à superfície uma discussão que saíra do foco de muitos profissionais do direito, que é a

racionalidade das decisões e sua fundamentação, principalmente em face do polêmico artigo 489, § 1º da Lei 13.105/2015.

Podemos perceber que a imensa maioria das situações lá elencadas dizem respeito à fundamentação sobre questões de direito, como a aplicação de dispositivos legais, conceitos jurídicos indeterminados, e súmulas ou precedentes. E talvez nem seja recomendável, restringir em termos tão estritos como os da lei, parâmetros racionais de decisão sobre questões de fato.

Outro artigo do novo dispositivo legal que também mudou, ainda que de maneira bem menos significativa é o artigo 371, que ao contrário do artigo 131 do atual ordenamento processual, extraiu a expressão “livremente” ao tratar da apreciação das provas. Não parece que a supressão dessa única palavra do texto legal tenha gerado uma grande mudança na fundamentação das decisões acerca de questões fáticas.

Afinal, sob a égide do antigo código a doutrina vinha defendendo o que se chama o livre convencimento motivado, ou a chamada “persuasão racional”, termos esses, que por si só, nada acrescentam ao debate, e que muitas vezes são usados para disfarçar fundamentações irracionais acerca das questões de fato.

Ou seja, não houve nenhuma modificação legislativa que influencie a avaliação das provas, ou a motivação do juiz ao decidir sobre questões de fato. O que talvez seja a melhor escolha: não se defende o retorno a um modelo de prova legal, como a exigência de duas testemunhas oculares ou uma confissão, para a condenação de um criminoso (DAMASKA, 1997c). Nem se defende também que se importe parâmetros de outros ordenamentos acerca da suficiência probatória, já que tais transplantes tendem a produzir resultados inesperados, e muitas vezes negativos (DAMASKA, 1997a), ou que se criem parâmetros demasiadamente rígidos, que não se adequariam às realidades dos casos concretos.

É necessário reconhecer que tais parâmetros são importantes como forma de controle da racionalidade das decisões acerca de questões de fato, impedindo que todos os esforços acerca da aplicação do direito, baseado apenas na aplicação das normas, seja desvirtuado pela irracionalidade da decisão acerca das questões de fato.

A partir da distinção realizada no item anterior sobre os ônus da produção e da persuasão, percebemos que dependendo do momento da análise da prova, pelo juiz ou pelo

júri, a suficiência é analisada de maneira diferente. Porém, no sistema da *common law*, mesmo nos julgamentos realizados totalmente por um juiz (*bench trials*), a distinção é aplicada quando das decisões baseadas no ônus da prova.

Assim, analisamos a prova como suficiente de duas maneiras diferentes: Primeiramente, como suficiente para a parte se desincumbir do ônus da produção, e em segundo lugar, para se desincumbir do ônus do convencimento.

No direito americano, normalmente se considera que cada uma das partes traz um caso separado, com um amplo grau de autonomia e que prevalece perante o juízo o chamado caso “mais forte”, em contraste aos sistemas de *civil law*, onde via de regra há uma “unidade” no procedimento sob a coordenação do juiz, que possui poderes mais amplos para determinar a produção de provas, e onde subsiste a ideia de que a prova, após produzida, é adquirida e pertence ao processo, não às partes (DAMASKA, 1997b, p. 82-83).

Por essa razão, o ônus da produção possui um peso maior, visto que o juiz via de regra não interfere na instrução para determinar a produção de provas (ou mesmo, exceto em casos excepcionais, negá-la). Mas, ainda assim, apesar de no exercício de sua função haver a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas, as partes ainda possuem a maior parte do ônus da produção, sendo impensável um processo onde o juiz controle de todo a iniciativa probatória.

Assim, o ônus da produção ainda existe mesmo no sistema de *civil law*, ainda que de forma atenuada. Por exemplo, a parte autora que não traz aos autos provas documentais necessárias, no momento da propositura da ação (ou seja, fora dos casos que permitem a produção de prova documental no curso do processo, como os artigos 327 e 397), terá uma decisão em seu desfavor, já que não conseguiu fundamentar seu pedido *prima facie*.

Também se inclui nessa perspectiva o réu que, após a inversão do ônus da prova em seu desfavor, não produz as provas necessárias para controverter os fatos alegados e provados *prima facie* pelo réu. É mais difícil perceber tais casos, pois, com exceção da prova documental, a prova é via de regra requerida e produzida perante o juízo, em vez de apresentada a este. O ônus da parte de produzir provas é amplamente diluído em nosso modelo processual, onde via de regra a produção se dá perante o próprio juiz.

Dessa maneira, a prova é suficiente, de acordo com o ônus da produção, quando ela é capaz de sustentar *prima facie*, as afirmações do autor, ou as defesas afirmativas do réu, ou, também *prima facie*, controverter as alegações suficientemente provadas pela outra parte. Fica clara a natureza dinâmica do ônus da produção: só após a desincumbência de uma parte, ele é repassado para a outra.

Como exposto acima, nesses casos, os parâmetros de suficiência probatória são mais baixos: não satisfazem o ônus da produção apenas as omissões probatórias, e as provas que por si só, consideradas *prima facie*, não seriam capazes de fundamentar o pedido ou defesa do autor. Nesses casos, o ônus argumentativo do juiz ao aplicar a regra de exceção (julgamento por ônus da prova) é mais simples.

Mais difícil é a decisão que decide aplicando o ônus da persuasão. Ao contrário do ônus da produção, este é um ônus estático, estritamente ligado com a alegação, o que leva à regra geral de que o ônus da persuasão é suportado em regra pela parte acerca dos fatos que esta alega. A aplicação do ônus da persuasão é subsidiária ao do ônus da produção: só se decide com base neste, nos casos em que as partes se desincumbiram do primeiro. Se decide com base no ônus da persuasão nos casos em que, produzidas provas consideradas suficientes para satisfazer o ônus da produção, o juiz não consegue formar sua convicção acerca das questões de fato. Isso pode ocorrer por várias razões: por exemplo, se as provas das partes acerca de um único fato estiverem demasiadamente equilibradas, não conseguindo convencer o juiz sobre a sua existência, ou inexistência; ou a prova decisiva em relação a um certo fato ser impossível ou extremamente onerosa, sendo que as partes produziram apenas provas indiciárias que não convenceram o julgador.

A prova suficiente para uma parte se desincumbir do ônus da persuasão, ou seja, do ônus de convencer o julgador acerca da existência de um fato (ou ao menos de sua probabilidade), vai depender de diversas questões, particulares a cada ordenamento jurídico e ordenamento histórico. Alguns aspectos particulares que influenciam nos parâmetros de suficiência probatória são, por exemplo, a dificuldade de prova; as consequências jurídicas a serem atribuídas ao comportamento das partes em juízo; e diferenças de valores trazidas pelo próprio direito material discutido em juízo (TRENTO, 2013, p. 165).

Um exemplo disso é o chamado início de prova material, nos casos de concessão de benefícios assistenciais aos segurados sob o regime especial dos trabalhadores rurais, nesse caso por previsão legal específica. Também, nas ações de improbidade administrativa, de caráter prevalentemente sancionatório, a prova suficiente para a condenação, que impõe além de reparações monetárias penas restritivas de direito, tende a ser mais exigente que nas ações cíveis comuns.

O fato de se tratar de uma decisão de não-convencimento em um caso que, em tese, está fundado em um arcabouço probatório sólido (suficiente para superar o ônus da produção), e de que se profere uma decisão baseada não em suportes fáticos reconhecidos, mas uma alocação de risco decorrente de política judiciária, impõem ao julgador um ônus argumentativo maior ao decidir com base no ônus da persuasão.

Isso porque, o ônus argumentativo presente no chamado “convencimento motivado” se torna maior ao se decidir questões com um grau maior de subjetividade, recaindo sobre o juiz um dever mais robusto de elucidar as razões pelas quais decide de um modo, e não de outro. Se existem elementos que seriam suficientes *prima facie*, para a decisão de um caso, as peculiaridades que os impedem de formar o convencimento do juiz devem estar expressas.

Seja por causa da relação das provas contrapostas trazidas pelas partes, seja por alguma peculiaridade do caso concreto, estas devem estar devidamente fundamentadas nas decisões que julgam com base no ônus da prova, pela excepcionalidade desta técnica.

6. CONCLUSÃO

Nesse artigo buscamos demonstrar que além da divisão comum do ônus da prova em seu caráter objetivo e subjetivo, focado no destinatário das regras definidoras do encargo, também é possível dividir a regra do ônus da prova em uma regra acerca da produção de provas, e outra acerca da persuasão do julgador da questão de fato.

Concluimos primeiramente que, apesar de haverem diversas limitações (ontológicas, epistemológicas e metodológicas) à obtenção de uma verdade total e idealizada no âmbito de um processo judicial, os ordenamentos jurídicos de forma geral colocam a verdade como um objetivo do processo, mesmo que não o único, devendo esta ser buscada, mesmo que não atingida totalmente.

Analizamos a distinção entre aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova, a mais comum na doutrina brasileira, e sua relação com técnicas como a distribuição do ônus da prova.

Em seguida, analisamos brevemente a distinção mais comum no sistema de *common law* entre ônus da persuasão e ônus da produção. Apesar de estudar o conceito a partir da doutrina anglo-americana, foi constatado que parece ser aplicável à primeira vista a divisão também ao sistema de direito continental.

Ao fim, analisamos a ideia de suficiência probatória como parâmetro para a aplicação da regra de julgamento baseada no ônus da prova, e como ela se diferencia acerca do ônus da produção e do ônus do convencimento. Defendemos que já existem diferenciações de parâmetros de suficiência probatória no direito brasileiro, e que as decisões que decidem com base na insuficiência da prova trazem um ônus argumentativo maior do juiz ao fundamentá-las.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Buenos Aires. Ano 5, v.7, p. 71109, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **The Works of Jeremy Bentham**. published under the Superintendence of his Executor, John Bowring. Edinburgh: William Tait, 1838-1843. 11 vols, vol. 6, pg. 343. Disponível em: <http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/1923/Bentham_0872-06_EBk_v6.0.pdf>. Acesso em 06/06/2015

DAMASKA, Mirjan R. **The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants**: Anglo-American and Continental Experiments. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1576. 1997a. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1576>.

_____. **Evidence law adrift**. New Haven: Yale University Press, 1997b.

_____. **Rational and Irrational Proof Revisited**. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1577. 1997c. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1577>.

DE GIL, Paula Viale. **¿La prueba es suficiente cuando es suficiente?** Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *In: Revista Pensar em Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da faculdade de Direito de Campos**. Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5. 2003-2004. p. 213-269.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Volume II (Processo Coletivo)**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JAMES JR., Fleming. Burdens of Proof. *Virginia Law Review*, vol. 47, n. 51, 1961.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luís 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, n 13, p 60-72, 2006

_____. **Antecipação da Tutela**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória. *In: Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 328, pp. 9-28, fev/2005

MCCAHEY, John. The burdens of persuasion and production. Proof: The journal of the trial evidence committee. Vol. 16, n. 3, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, nº 81, 1996.

_____. Julgamento e ônus da prova. *In: Temas de Direito Processual*. São Paulo, Saraiva, 2ª Série, 1980.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. **Revista de Processo**. V. 35, n. 185, jul/2010, p. 107-116.

PIRES, LÍbia da Graça. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04052012-101854/>>. Acesso em: 28/05/2015.

SACKETT, Frederick; BRICKWOOD, Albert. **On instructions to Juries containing a treatise on jury trials and appeals With Forms of Approved Instructions and Charges Annotated, Also Erroneous Instructions With Comment of the Court in Condemning Them**. 3ª ed. Chicago: Callaghan & Company, 1908. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.beal/brkwodsa0001&id=419>>

SILVA, Clovis V. do Couto e. A teoria das ações em Pontes de Miranda. **Revista de informação legislativa**, v. 25, n. 100, p. 249-256, out./dez. 1988.

TARUFFO, Michele. Evidence, Truth, and the Rule of Law. **Revista de Processo**, v. 39, n. 238, p. 87-98, dez/2014.

TARUFFO, Michelle. O ônus como figura processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Janeiro a Junho de 2013, pp. 420-431.

TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. In: *Revista de Processo*, vol. 226, dez/2013. P. 165

V.H.L. Burden of Proof. **Michigan Law Review**. v. 17, n. 3, Jan 1919, p. 264-266

VAN DER POL, Ruth; PETROV, Anton. Searching for Truth in civil process: The Netherlands and Russia. **Russian Law Journal**. V. 3, n. 1, 2015, p. 110-132.

WALTON, Douglas N. Burden of proof. **Argumentation** 2, (2), 1988, p. 233-254

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.