XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

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

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

LIMITES À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

LÍMITES A LA DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESUAL CIVIL

José Laurindo De Souza Netto
Higor Oliveira Fagundes

Resumo

O artigo problematiza a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova sob a perspectiva da efetividade do processo e da busca da verdade substancial. O escopo é investigar a possibilidade de aplicação deste mecanismo pelo magistrado brasileiro diante da falta de previsão normativa, e, caso afirmativo, indagar sobre seus limites. Para tanto, analisa-se as teorias jurídicas sobre a prova e a regra da distribuição estática, atualmente adotada pelo Código de Processo Civil, avaliando as suas insuficiências face aos princípios processuais democráticos, para então imiscuir-se na distribuição dinâmica, confrontando o instituto com as garantias fundamentais processuais e com as premissas de efetividade, racionalidade e cientificidade, concluindo pela aplicabilidade da dinamização do ônus probatório, condicionada a limites para que não ocorra o desvio de finalidade.

Palavras-chave: Ônus da prova, Distribuição, Distribuição dinâmica, Limites.

Abstract/Resumen/Résumé

El artículo aborda la regla de distribución dinámica de la carga de la prueba desde la perspectiva de la eficacia del proceso y la búsqueda de la verdad sustancial. El alcance es investigar la posibilidad de aplicar este mecanismo por el magistrado brasileño a falta de su falta de disposición legal, y si es así, pregunte acerca de sus límites. Por lo tanto, se analizan las teorías legales de prueba y el imperio de la distribución estática, actualmente adoptado por el Código Procesual Civil, la evaluación de sus deficiencias en la cara de los principios democráticos de procedimiento, y después de intervenir en la distribución dinámica, confrontando el instituto con las garantías fundamentales procesal y la eficacia de los supuestos, y la racionalidad científica, concluyendo la aplicabilidad de impulsar la carga de la prueba, con apego a los límites de lo que es la desviación del propósito.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Carga de la prueba, Distribución, Distribución dinámica, Límites.

1 INTRODUÇÃO

O artigo analisa a técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova. O objetivo é investigar a possibilidade de aplicação deste mecanismo pelo operador jurídico brasileiro em face da ausência de previsão legal, e, caso se conclua pela sua viabilidade, averiguar a necessidade de limites à utilização do instituto.

O estudo tem como premissa teórica a relação do processo civil com a democracia e a busca de sua efetividade, de modo que a investigação se faz à luz dos princípios processuais e das bases jurídicas da Constituição Federal alinhavadas ao neoprocessualismo.

Para tanto, faz-se primeiro uma breve incursão na natureza jurídica da prova com vistas à compreensão do seu significado, analisando as teorias que a desvendam, bem como a sua caracterização moderna como direito fundamental deduzido da Carta Magna, à luz da busca da verdade substancial.

Em seguida, avalia-se a regra da distribuição estática do ônus da prova, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, perquirindo sobre a sua capacidade de resolução dos casos concretos colocados ao magistrado e sua adequação aos princípios e garantias fundamentais do processo.

Investiga-se então a distribuição dinâmica do ônus da prova a partir de sua origem histórica e dos seus fundamentos jurídicos, avaliando a aplicação jurisprudencial e sua caracterização na doutrina, bem como sua recente adoção pelo novo Código de Processo Civil. Por fim, faz-se uma incursão em possíveis limites à aplicação do instituto, com vistas a estabelecer parâmetros de cientificidade e razoabilidade, atendendo a pressupostos de segurança jurídica e racionalidade.

A pesquisa se mostra relevante porque a definição do encargo probatório é questão central do processo, pois direciona a formação do convencimento do magistrado, de modo que se mostra proeminente a análise do embate doutrinário sobre o tema sob a ótica axiológica constitucional.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Etimologicamente, o termo prova significa inspecionar, examinar, verificar, argumentar e demonstrar. A prova antecede o processo e é exterior a ele, uma vez que se relaciona à reconstituição de fatos passados relevantes que justificam a lide aposta ao judiciário,

bem como busca a projeção de inúmeros setores do conhecimento humano, objetivando a cognição judicial.

O instituto probatório está ligado à concepção de efetividade do processo, meio pelo qual se objetiva atender seu fim precípuo, bem como alcançar os fins sociais e políticos importantes para a concretização da atividade judiciária.

Essa noção conduz ao entendimento de que a prova é um conjunto de atividades e meios com o escopo de atestar a veracidade dos fatos na busca da solução do conflito lançado ao poder jurisdicional (DINAMARCO, 2004).

O objeto da prova recai sobre os fatos controvertidos para a solução da lide aposta ao poder judiciário, tendo em vista que lançadas as alegações fáticas pelas partes, compete ao magistrado interpretar a questão e aplicar o direito correspondente ao caso concreto.

Importante destacar que o fato deve ser além de controvertido, relevante, para o julgamento da demanda, uma vez que as alegações inúteis e periféricas não influem no julgamento de um conflito de interesses submetido ao crivo do judiciário.

As questões relevantes e controvertidas do processo são arguidas e demonstradas por meio do direito fundamental à prova - norma com *status* constitucional -, a qual encontra fundamento nas premissas principiológicas do *due process of law*, do qual emanam os princípios do direito de ação e de defesa, como afirma Romeu Felipe Bacellar Filho (1998, p. 243) "[...] no sistema probatório da '*civil law*', está fortalecido o direito das partes à prova (como expressão do direito de ação e de defesa)".

Com efeito, as normas infraconstitucionais, modernamente, comportam aplicabilidade sob o viés constitucional, definindo-se por meio de um mecanismo de controle da atividade jurisdicional, com forte vinculação as garantias da ampla defesa, da isonomia, do acesso à justiça e do contraditório.

Toda prova há de ter um destinatário, o juiz, para que após a formação de seu juízo cognitivo esteja apto a julgar segundo o seu livre convencimento motivado, de acordo com as provas que lhe proporcionam, aproximar-se o máximo possível do que possa ter ocorrido.

Como assinalam Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato correia de Almeida e Eduardo Talamini (2006, p. 394) "Toda a atividade probatória deve ser direcionada ao juiz, que é o destinatário da prova, independentemente da opinião que a parte contrária possa ter acerca dos fatos.".

O objetivo precípuo da parte, no que tange ao juízo cognitivo do destinatário da prova, é desincumbir-se do ônus de provar, para então obter a tutela jurisdicional, como expõe José

Frederico Marques (2000, p. 374) “o ônus da prova encontra-se ligado à necessidade de provar para vencer”.

O ônus probatório é a incumbência imposta aos litigantes para que tenham a possibilidade de demonstrar a verdade substancial dos fatos relevantes, úteis e controvertidos que tenham ocorrido no passado.

Não se confunde o ônus da prova com o dever e a obrigação, uma vez que o ônus quando desempenhado gera benefícios à parte que tenha o desincumbido. O dever é continuo, não se extinguindo com o seu implemento, como ocorre com o dever de probidade. A obrigação, diferentemente, tutela interesse alheio, cujo descumprimento gera sanção.

Correlatamente à temática, José Manoel de Arruda Alvim Netto (2008, p. 502) sinaliza que:

> [...] a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Já, com relação ao ônus, o individuo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, em regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Há, ainda, uma terceira figura, a do dever (*stricto sensu*). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a ‘perpetuidade’ [...].

O ônus da prova estrutura-se sob o aspecto subjetivo e o objetivo. Com relação à atuação das partes no processo em produzir provas que influam no convencimento do juiz, releva-se a perspectiva subjetiva, positivada no art. 333 do CPC; a objetiva se refere justamente à formação do convencimento do juiz com base no que tenha sido provado no processo, preconizada no art. 131 do CPC. Infere-se, então, que o sentido objetivo opera na regra de julgamento, enquanto o subjetivo é recepcionado na regra de procedimento.

Essas considerações conceituais demonstram que a matéria probatória está intimamente ligada à decisão final da lide, uma vez que é com base nas informações fáticas e suas demonstrações, por meio da dilação probatória, que o litigante obterá a tutela jurisdicional.

3 A REGRA DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA INSUFICIÊNCIA

O ônus da prova se caracteriza por ser uma regra de conduta das partes e, também por ser uma regra de julgamento, que deve ser utilizada ao final da persecução processual pelo juiz. Quando pairar dúvidas sobre algum fato, poderá o magistrado, em regra, utilizar-se da distribuição estática do ônus da prova, mesmo porque, é vedado ao juiz eximir-se de sua atividade jurisdicional.

Ainda que a distribuição estática do ônus da prova sirva como regra de conduta, Eduardo Cambi (2001, p. 511) analisa o ônus da prova como regra de julgamento, excepcionando o instituto às hipóteses em que os litigantes não conseguiram levar ao processo elementos probatórios ao ponto de formar a convicção do magistrado, aduzindo que "[o] ônus da prova, como regra de julgamento, deve ser utilizada apenas excepcionalmente, quando frustradas as tentativas de trazerem-se aos autos elementos suficientes de convencimento".

Na regra estática o ônus da prova direciona-se ao juiz do caso concreto, ainda com dúvidas sobre a ocorrência de determinado fato alegado, como regra de julgamento, objetivando se livrar do estado de dúvida, quando as partes não se desincumbirem de seus respectivos encargos probatórios.

Nesse norte, José de Albuquerque Rocha (2000, p. 273) atribui dupla função à distribuição estática do ônus da prova: "a) cria para a parte a necessidade de provar as alegações sobre os fatos; b) serve de regra de julgamento, segundo o qual o juiz deve julgar contra a parte que tem o ônus de provar e não o faz".

É possível, então, verificar que o atual Código de Processo Civil adotou a distribuição estática do ônus da prova que é assim prevista no artigo 333 do referido diploma: **"**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".

Ocorre que em alguns casos a regra de distribuição estática do ônus da prova se demonstra insuficiente para a resolução justa da problemática posta, como ocorre com a prova diabólica, uma vez que o magistrado está adstrito ao julgamento da demanda com base no direito abstratamente positivado.

A Prova diabólica, nos dizeres de Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 12) "é a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil".

O termo "estática", por si só, conduz a uma margem de erro quando o juiz precisar se socorrer à distribuição do ônus da prova, por uma razão simples; ao distribuir estaticamente o ônus da prova, pode ocorrer de que ao autor se torne difícil a atividade probante em razão de sua incapacidade probatória.

O resultado é a infringência a direitos fundamentais. Cite-se a título de exemplo e de forma a sintetizar a lesão, uma questão lógica ao distribuir de forma estática o ônus da prova, em detrimento do individuo que se encontra desprovido de meios, assim, está rompendo com o direito de contraditório e de ampla defesa, como também da isonomia processual, enfim, suprime-lhe o direito ao devido processo legal.

Com a impossibilidade de provar determinado fato que se constitui em prova diabólica, é possível fazer a ligação de tal óbice à regra estática da distribuição do ônus da prova. Eduardo Cambi (2006, p. 332) assim se refere a esse liame, uma vez que na aplicação dos critérios adotados no art. 333 do Código de Processo Civil, "nem sempre consegue mostrar conveniente para a obtenção de uma decisão justa, porque o rigor dessa regra jurídica pode tornar extremamente difícil ou impossível o exercício do direito à prova".

Realmente, nem sempre as partes possuem condições de cumprir o ônus probatório rigidamente positivado, em vários casos enfrentando a prova diabólica por não haver provas suficientes para demonstrar a verdade substancial, fator que acarreta uma decisão desfavorável, por vezes injusta, tendo em vista engessamento do sistema pela regra estática.

A lição de Paulo Rogério Zaneti (2011, p. 108) complementa a exposição acima, pois, de acordo com o referido autor, a prova diabólica afronta direitos fundamentais pelo fato de que:

> Em algumas situações específicas as regras abstratas e estáticas de distribuição do ônus da prova, inflexíveis e rigidamente aplicadas de modo como positivadas no art. 333 do CPC, muitas vezes inviabilizam o reconhecimento do próprio direito de um dos litigantes integrantes da relação jurídica.

Segundo aduz Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 252) a regra estática do ônus da prova não é "nada recomendável o excessivo apego a ela sob pena de configurar a denominada *probatio diabolica*, caracterizada por dificultar além dos limites toleráveis a situação de uma das partes no processo".

Nessa perspectiva, é que a doutrina atual vem tecendo críticas severas ao entendimento de que a distribuição do ônus da prova deva seguir a inflexibilidade do que dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil.

4 A REGRA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA INSERÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A distribuição dinâmica é uma flexibilização da regra estática, a qual busca coibir o cerceamento de defesa, que decorre da imposição antecipatória do ônus probatório que, por vezes, recai sobre a parte sem condições de produzi-lo por não estar ao seu alcance tal mister, restando, pois, suportar consequências negativas no tocante ao julgamento da lide.

Esse caráter maleável da distribuição dinâmica é exposto por Roland Arazi (1998, p. 106) de acordo com o qual denomina a distribuição "dinâmica por sua mobilidade para adaptar-

se aos casos particulares, a fim de opô-la a uma ideia estática igual para todos os supostos sem atender às circunstâncias especiais".

Registra-se que a teoria em análise não se confunde com a inversão do ônus da prova, mas sim uma técnica que almeja moldar o ônus probatório na busca de um processo justo, cooperativo, albergando a paridade de armas e conferindo a tutela adequada no processo civil.

Porquanto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se exterioriza no universo jurídico como uma atenuante da regra estática, atualmente vigente no Código de Processo Civil, pelo fato de que possibilita que a parte que necessita do provimento, mas não dispõe de meios para provar, ainda guarde uma chance de êxito em face da possibilidade conferida ao magistrado em readequar a situação abstrata que já define a quem incumbe provar determinado fato.

A partir disso, abandona-se uma previsão rígida, atribuindo, então, ênfase a flexibilização do ônus probatório no processo, uma vez que a parte incumbida a provar não tem como realizar tal ato e necessita da intervenção do Estado-juiz para não sofrer as consequências de sua impossibilidade ou excessiva dificuldade.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem sido muito cotejada pela doutrina, que influenciou a jurisprudência a aplicar esse novo modelo, que adquire força hodiernamente.

O sentimento percebido nesse novo caminho a respeito da produção da prova é parecido com uma revolução no meio judiciário e, até mesmo para as partes. Isso se deve ao fato de essa proposta de repaginação possibilitar maior margem de concretização de uma decisão realmente justa.

Na atual sistemática, as experiências demonstraram que os litigantes enfrentam momentos em que, ao não produzir determinada prova, seja pela impossibilidade ou pela dificuldade excessiva, são derrotados em detrimento da parte adversa que teria plenas condições de arcar com o encargo probatório.

Por esse motivo, faz-se mister a aplicação de uma teoria que dinamize a distribuição do ônus probatório, como regra acessória ao artigo 333 do Código de Processo Civil.

Nessa nova perspectiva, Luis Alberto Reichelt (2009, p. 345) aduz que:

> [...] afastar o regime geral dos *onus probandi* e adotar outro moldado às exigências do caso concreto, em uma medida que tende a impedir o surgimento de decisões paradoxais para casos em relação aos quais seria considerada inadequada uma pauta de valores fortemente fulcrada na liberdade que permeia o princípio dispositivo.

Para além de uma maior efetivação de direitos fundamentais, inerentes ao processo, justifica-se a aspiração por um abrandamento da distribuição estática, no fato de o magistrado poder ser mais atuante no *iter* processual e promover uma justiça, de fato justa, não se restringindo a encerrar a demanda pelo simples fato de que, quem tem condições de provar não o faz por não recair sobre si o encargo da prova.

É nesse panorama que os fundamentos, necessários para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, guardam relação íntima com os preceitos constitucionais e processuais civis, os quais emanam do devido processo legal, como a garantia do acesso à justiça, a efetividade do processo, o ideal de processo justo, a efetivação do direito fundamental à prova, o alcance do dever de cooperação, o equilíbrio de armas, a superação da prova diabólica, a busca da verdade substancial, a lealdade, a probidade, a boa-fé, a pacificação social e a efetivação do princípio inquisitivo.

Nesse cenário, a concepção de um novo Código de Processo Civil deve ser delineada sob as orientações Constitucionais de um verdadeiro Estado Constitucional, que tem como escopo a promoção da justiça pautada em um arcabouço principiológico que garanta o máximo possível de direitos necessários à efetivação do processo, ao acesso à justiça e a um devido processo legal.

O neoprocessualismo, traduzido como processo instrumental, exige o alinhamento com os valores constitucionais para que se dê relevo a sua interpretação e aplicação, uma vez que se pretende fazer do processo um instrumento mais aperfeiçoado e condizente com a realidade social, sempre caminhando no sentido de efetivar os direitos fundamentais do ser humano, bem como a sua valorização (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010).

Realmente, a intenção é assegurar a efetividade do processo às partes e à sociedade, como assinala Celso Hiroshi Iocohama (2008, p. 31) "[...] deve o processo seguir, visando o atendimento satisfatório das necessidades de cada parte, mas principalmente atendendo a sociedade em sua totalidade, estabelecendo elementos que permitam a sua valorização e sua maior eficácia [...]".

Delimitando as considerações acerca do novo Código de Processo Civil, este andou bem ao tratar do ônus da prova, acolhendo a criação doutrinária que já seguia pela jurisprudência no que se refere à flexibilização da regra estática do artigo 333 do atual Código de Processo Civil.

A atenção dispensada a tal instituto, qual seja, do ônus da prova, se justifica pela observação de que, em muitos casos, o apego ao formalismo e rigorismo da aludida regra

conduz a um caminho contrário ao que a Constituição e o processo obstinam, ou seja, deixa-se, não raras vezes, de promover a pacificação social pelo estrito cumprimento da regra estática de distribuição do ônus probatório.

Esse cenário de inadequação da regra estática é que faz com que a teoria da carga dinâmica das provas venha ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sobremaneira, por estar em uma fase de exaltação dos direitos constitucionais fundamentais, na busca de uma devida e efetiva prestação jurisdicional.

Asseverando a necessidade de maior flexibilidade na distribuição do ônus da prova, Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 57) afirma que é uma:

> Mudança necessária, permitindo que o magistrado imponha o ônus da prova à parte que teria maior facilidade em produzi-la. Está técnica, ao que parece, permite ao processo responder melhor às peculiaridades do caso específico, atendendo melhor aos objetivos da jurisdição.

Almejando a concretização dos princípios constitucionais o novo Código de Processo Civil confere uma nova roupagem à distribuição do ônus da prova, prevendo o artigo 373 § 1º que:

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

A exigência dessa remodulação do ônus da prova reflete diretamente em todo o arcabouço normativo e principiológico, pois, de acordo com Vicente Higino Neto (2010, p. 118-119) “Diante do inegável problema do acesso à justiça; da frequente desigualdade entre as partes e do caráter publicista do processo, o juiz é parcial se assiste inerte a um duelo entre os desiguais”.

Portanto, é bem-vinda a inovação do novo Código de Processo Civil no sentido de subsidiariamente dinamizar a regra estática do ônus da prova, pois percebe-se que é uma atenção especial no que tange ao acesso à justiça, efetividade do processo, garantia do contraditório e ampla defesa por meio do sopesar no momento de distribuição do ônus probatório, enfim, verifica-se que o Estado Democrático de Direito pretende acompanhar a realidade social.

Porquanto, a atividade dinâmica e inquisitorial do magistrado, atento às exigências de um tempo em que os direitos fundamentais cobram maior resposta, é condição essencial à

concretização da justiça, dos valores humanos e de um sistema jurídico que prevê inúmeros princípios propiciadores do devido processo legal.

5 LIMITES À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Embora seja concebida por este estudo a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, para que o procedimento seja efetivo e justo, é importante submeter o instituto a filtros condicionantes para que não seja um meio condutor de injustiças decisionistas em detrimento de um polo que compõem a lide.

Para que seja possível a dinamização do ônus da prova, serão adiante delineados os limites para que a decisão seja pautada na cientificidade, respeitando os padrões de razoabilidade, proporcionalidade e previsibilidade, evitando, outrossim, a transposição da derrota de um litigante para o outro.

5.1 Subsidiariedade de aplicação: Posicionamento do novo Código de Processo Civil

Considerando a falibilidade da atual regra estática, que, por vezes, resulta em decisões injustas, dado ao seu engessamento, o novo Código de Processo Civil, busca albergar, como norma subsidiária, a criação doutrinária conhecida como teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, por meio do artigo 373 § 1º.

A ótica ideológica do aludido artigo do novo Código de Processo Civil, externa evidente preocupação com os casos em que o poder judiciário não consegue efetivar instrumentalmente os direitos inerentes à parte que esta impossibilitada de comprovar as suas alegações, tendo em vista que o magistrado, legislativamente, está adstrito à regra de julgamento estática, figurando, assim, como mero expectador na busca da verdade formal.

A redação do referido artigo retrata a subsidiariedade do instituto da distribuição dinâmica quando ineficiente a aplicação da regra estática ao caso concreto, fixando três hipóteses de cabimento, ou seja, a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo, ou ainda quando a situação for de maior facilidade de obtenção da prova por uma das partes.

Realmente, o magistrado poderá utilizar-se da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, quando a estática se demonstrar insuficiente para o justo deslinde da demanda, uma vez que, além das hipóteses de *probatio diabolica*, quando houver maior facilidade de obtenção

da prova do fato contrário, o juiz também poderá distribuir de forma diversa o encargo probatório.

Esta última situação, inserida dentre as três hipóteses, além de retirar o caráter excepcional de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, extrai a ideia de subsidiariedade, de modo que a critério subjetivo do magistrado, quando este verificar que uma das partes possui maior condição de desempenhar o encargo probatório, poder-se-á, então, distribuí-lo de forma diversa, desde que fundamentadamente, oportunizando a parte a desincumbi-lo.

5.2 Postura coesa do magistrado

Este estudo contempla a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, nas hipóteses em que seja inadequada a utilização da regra estática, para que o Estado-juiz não incorra em decisões injustas, objetivando superar a *probatio diabolica*, na busca da verdade substancial, dentre outras normas correlatas.

Para que seja efetivo e justo o procedimento, exige-se do magistrado uma postura coesa, no sentido de analisá-lo com uma ótica cautelosa às peculiaridades do caso concreto, atento ao pragmatismo jurídico, sobretudo, medindo as consequências de sua decisão, outrossim, contextualizando, por conseguinte, o cenário social hodierno, a fim de promover a pacificação social.

Essa assertiva é ratificada pelo Código de Ética da Magistratura, que exige uma postura cautelosa e coesa do magistrado, referenciada no art. 25, cuja seguinte redação foi aprovada na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337 "Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar".

Observe-se, então, que a postura coesa do Estado-juiz é uma exigência quando se tratar de matéria probatória, uma vez que o levará à formação do juízo cognitivo, isto é, conforme a distribuição do ônus da prova atribuída às partes, por isso, é importante que o magistrado prudentemente analise o caso concreto para que sua decisão não esteja envolta pela injustiça.

5.2.1 Razoabilidade

A razoabilidade serve como norma de estruturação à aplicação de outras diretrizes normativas, estendendo-se à função de interpretação, aliás, sobre o tema Humberto Ávila (2011,

p. 138) expõe que “A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas [...]. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa”.

O princípio da razoabilidade, nessa perspectiva, é concebido sob três Planos: o aspecto da equidade, da congruência e, também, da equivalência (ÁVILA, 2006). No que tange ao aspecto da equidade, a norma deve ser harmonizada ao caso concreto, mesmo porque o legislador não tem como prever todas as situações que podem ocorrer na convivência em sociedade.

Diante disso, as normas abstratas que são criadas, idealizando as condutas da complexa sociedade em que vivemos, devem conter um razoável grau de coerência com o contexto social, no sentido de serem comedidas ao ponto de possibilitar a adequação do caso concreto à norma.

Em sua vertente de congruência, o princípio da razoabilidade revela-se como instrumento de materialização da isonomia, vez que não é congruente a aplicação de forma diversa de um mesmo instituto para ambas as partes, por conduzir a uma irrazoabilidade que fere os direitos fundamentais.

No que se refere ao seu aspecto de equivalência, significa utilizar critérios de ponderação entre a norma e cada caso concreto, que no caso em exame, revelará se será coerente aplicar a regra estática ou se mostrará mais razoável flexibilizar a rigidez da norma.

Assim, a utilização da razoabilidade pelo magistrado é no sentido de que, ao se deparar com uma situação jurídica concretamente deduzida, em que a regra rígida - no caso a regra estática - não atinge o fim almejado de justiça, como no caso da prova diabólica, poderá, pois, optar por um meio mais adequado ao caso concreto, a fim de flexibilizar a norma, distribuindo dinamicamente o ônus da prova na busca da verdade substancial.

5.2.2 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade também precisa ser analisado sob três vertentes, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, com vistas a optar pelo melhor meio de alcançar o fim colimado pelo Estado Democrático de Direito que é a pacificação social.

Pois bem, analisando o princípio da proporcionalidade com vistas à adequação, significa afirmar que é imperioso almejar o meio mais eficaz de dirimir os conflitos apostos ao poder judiciário, de modo a harmonizar os interesses e as normas que são aplicáveis ao caso concreto, ou seja, objetiva equacionar as situações à luz de sua particularidade, no caso, com a

regra inflexível que, em certos casos, impossibilita a concretização dos ideais de justiça, amenizando a sua rigidez.

Em relação ao aspecto da necessidade, cita-se o sopesamento de escolher a medida que seja menos gravosa às partes, de modo a preservar os direitos fundamentais, em especial o direito à prova.

Já no que concerne ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, extrai-se a ideia de que se necessita optar por uma justa medida, conforme sinaliza José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 270) "[...] perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como o princípio da 'justa medida'".

Diante desse cenário, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser realizada com observância inicial ao dogma da excepcionalidade e, após, com um olhar crítico ao princípio da proporcionalidade, de forma a analisar cada caso em particular para que o magistrado não incorra nos decisionismos.

5.2.3 Segurança Jurídica

A segurança jurídica é um fenômeno político, uma vez que submete toda a regulação normativa da sociedade à ordem jurídica (PAULA, 2011). Com relação à aplicação da teoria da distribuição do ônus da prova, a segurança jurídica se efetiva quando confere previsibilidade aos litigantes, uma vez que, quando redimensionado o encargo probatório, é importante que o magistrado oportunize às partes a possibilidade concreta de desempenhar a incumbência processual atribuída, conforme afirma José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 264) "exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos".

Nesse cenário, enquadra-se a recepção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois, trata-se de instituto que excepcionalmente flexibiliza a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, desde que respeite a segurança jurídica, uma vez que a aplicação do citado instituto deve permitir à parte que for incumbida a proceder com o encargo, condições de desempenhá-lo.

Assim, a excepcionalidade de utilização da teoria em comento deve ser limitada também com vistas ao intuito de promover segurança jurídica por meio da análise do caso concreto que servirá de termômetro para efetivação de um procedimento justo, objetivando atender aos interesses das partes e, principalmente, a uma ordem jurídica harmônica e efetiva.

Essa condição se justifica na busca da verdade substancial, homenageando o princípio da não surpresa, tendo como consequência lógica a aproximação de um instrumento que não trará prejuízos no tocante a distribuição dinâmica do ônus probatório em detrimento dos sujeitos de direitos, oportunizando-os de forma previsível e antecipada à produção da prova atribuída.

5.2.4 Cientificidade das decisões

É ressabido que a jurisdição exerce um controle sobre a vida social, fator de visível relevância para que ocorra a pacificação social como instrumento de efetividade do processo. Essa ótica é ratificada por Antoine Garapon (2001, p. 24) da seguinte maneira "o controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é um dos maiores fatos políticos mais relevantes desde o final do século XX".

O marco de transformação do Estado Liberal em Estado Constitucional é tido como o momento do surgimento de uma jurisdição caracterizada por uma nova dogmática de interpretação baseada em princípios e direitos fundamentais (MORAIS; STRECK, 2010).

Essa é a perspectiva transformadora da jurisdição, sobre a qual José Laurindo de Souza Netto (2012, p. 3103), expõe que:

> A jurisdição na perspectiva transformadora exige a modificação do que for necessário em vista do bem comum, não se conformando com a aparência ou pré-compreensão, deslocando-se sempre para outras situações que possam ampliar o espaço de atuação dos direitos.

Essa acepção objetiva o afastamento dos decisionismos, que, de forma exacerbada e sem critérios, determinam a distribuição do ônus da prova, em detrimento das partes, sem a observância às condicionantes formais e materiais, que serão objeto de discussão neste trabalho, além de ferir os fundamentos para a aplicação da aludida teoria.

Diante dos decisionismos, constata-se o caráter excepcional para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo então ser atendidos os requisitos autorizadores para que a sua aplicabilidade seja justa e efetiva perante o direito fundamental à prova.

Nessa perspectiva, quando da análise da distribuição do ônus da prova, nasce a necessidade de cientificidade das deliberações jurisdicionais como elemento de exigência de convalidação e legitimidade, a qual está vinculada à aferição de correção das decisões incidindo diretamente sobre a sua justificativa.

A discricionariedade, como fator de maior aproximação da cientificidade das decisões, desponta quando o magistrado se depara com mais de uma possível resposta no ato da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja a regra estática ou a dinamizada, cada qual com as suas peculiaridades, levando então o representante jurisdicional à busca de padrões extrajurídicos para o alcance de uma decisão justa.

No que tange ao consequencialismo, por sua vez, busca conferir uma visão antecipada e coesa das consequências jurídicas vinculadas à decisão do magistrado e as suas alternativas agindo conjuntamente com o contextualismo, o qual procura respeitar os padrões sociais do contexto então vigente.

Portanto, extrai-se da cientificidade uma análise rigorosa dos requisitos autorizadores para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, visando assegurar primeiramente o cumprimento do mandamento constitucional, relativo ao devido processo legal, do qual emanam os demais preceitos normativos, em especial, neste caso, o direito fundamental à prova.

5.3 Condicionantes: materiais e formais

Para se conceber de forma salutar a aplicação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja pelo viés teórico, ou pelo direito positivado, é necessária a imposição de limites para que não haja o desvirtuamento da teoria, fator que provocaria inevitavelmente um efeito negativo.

É importante, então, que sejam adotadas condicionantes, para a recepção justa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, com a aplicação de limites para que ela não seja utilizada demasiadamente, tornando-se, por consequência, um meio exterminador dos preceitos constitucionais, tão cobrados no atual Estado Democrático de Direito.

Relativamente aos limites à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero (2010, p. 103-104) externam as condicionantes materiais e processuais:

> Do ponto de vista material, requer-se a demonstração de que o caso concreto não pode ser solucionado, sem grave ofensa a paridade de armas, à luz da regra que distribui de maneira fixa ônus da prova, e que a parte contrária àquela que teria o encargo de provar pode desempenhar o encargo probatório com maior facilidade. Do ponto de vista processual, requer-se fundamentação específica e atribuição do encargo probatório com a correlata oportunidade de provar, tudo, obviamente, precedido de amplo dialogo pelas pessoas do juízo.

É mister que a utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova esteja condicionada a limites, pois, não se pode conceber um instrumento que, ao invés de abrandar uma regra que já é rígida, traga mais arbitrariedades e, pior, que fira direitos fundamentais ligados à obrigação do Estado de promover a pacificação social por meio de decisões que devem ser coerentes com a realidade do caso concreto.

Realmente, para que isso não ocorra, o magistrado pode ser orientado por condicionantes ao dinamizar o ônus da prova, para que as decisões não sejam prejudiciais à paridade de armas. Nesse perspectiva, Artur Thompsen Carpes (2008, p. 132) expõe que é necessário "dotar o juiz de critérios seguros para operar a dinamização. Caso contrário, a tendência é que o incremento de poderes do órgão judicial se aproxime da arbitrariedade".

Portanto, para que seja concebida a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, exige-se como condicionante de ordem material a dificuldade excessiva ou da impossibilidade de produção da prova por uma das partes, a ponto de não poder ser solucionado o caso concreto, cumulativamente, a outra parte contrária deve possuir condições de desempenhar o encargo probatório.

No que tange às condicionantes formais, exige-se que o magistrado fundamente de forma específica suas razões para a aplicação da teoria da distribuição do ônus da prova, permitindo o diálogo entre as partes, oportunizando que o litigante incumbido produza a prova determinada.

A atenção às condicionantes acima descritas, servirá de filtro para que sejam evitados os indesejáveis decisionismos, geradores do desvirtuamento do instituto probatório dinâmico, os quais afrontam, igualmente, os fundamentos legais para a aplicação da aludida teoria, tanto na órbita infraconstitucional, como na seara Constitucional.

5.4 Momento adequado à distribuição dinâmica do ônus da prova

O ônus da prova recai justamente em torno dos pontos controvertidos fixados na demanda, o que só é possível após a formalização do contraditório, para que então a atividade instrutória seja desenvolvida pelos litigantes conforme as peculiaridades do caso concreto.

Por isso, a fase postulatória não se apresenta como o momento mais propício para a distribuição do ônus da prova em sua vertente dinâmica, pois, incorrer-se-ia em grave violação ao direito do contraditório e da ampla defesa, bem como a todos os princípios e normas que se complementam de forma a garantir uma persecução processual justa, ao invés de flexibilizar o sistema como se pretende.

Por outro âmbito, há parte da doutrina que defende ser o momento da sentença o mais adequado para a distribuição ônus da prova, aludindo que a flexibilização do ônus é regra de julgamento a orientar o magistrado que se encontre diante de um *non liquet* (GRINOVER; NERY JUNIOR; WATANABE, 1997).

Todavia, com relação à distribuição dinâmica do ônus da prova, não parece ser o posicionamento mais adequado, pois visualiza-se considerável violação dos direitos fundamentais previstos na Constituição como o direito à prova e, a não surpresa, de modo a cercear a defesa das partes inibindo a ocorrência e os efeitos do devido processo legal.

Isso porque, em atenção ao princípio da cooperação, é imperioso que o magistrado viabilize a participação das partes, facilitando o diálogo, motivando de forma antecipada suas decisões relativas ao ônus probatório e, sobretudo, oportunizando as partes à produção da jornada probatória, tempestivamente, para que aleguem os seus direitos, defendam-se e influenciem o convencimento do Estado-juiz.

Na ótica de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2003, p. 237):

> Inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tinham percebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de em qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-lhes melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial.

De outro norte, há corrente doutrinária que sustenta ser o momento mais adequado para a distribuição do ônus da prova o do saneamento do processo, a qual este trabalho filia-se.

Sustentam essa tese aduzindo ser o momento mais propício, por meio do qual as partes são cientificadas sobre a carga probatória que cada uma possuirá em momento posterior à fixação dos pontos controvertidos e antes do momento de produção das provas (MOREIRA, 1997).

Ademais, o novo Código de Processo Civil, aderiu a ideia de que o momento adequado para a distribuição dinâmica do ônus da prova é no ato de saneamento do processo, isso porque prevê que a decisão deve ser fundamentada e precedida de um dialogo cooperativo entre as partes.

Diante dessa perspectiva, é convincente e conveniente que a distribuição dinâmica do ônus da prova seja feita na fase de saneamento do processo, pois, é nesse momento em que o magistrado poderá organizar o processo, a prova, fixando os pontos controvertidos e atribuindo o encargo devido, permitindo a formalização do contraditório e evitando a surpresa processual.

6 CONCLUSÃO

O estudo ora realizado buscou abalizar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em situações que seja impossível ou excessivamente difícil a desincumbência do encargo probatório por uma das partes, atribuindo-se, então, o ônus da prova à outra que tenha maior facilidade para desempenhá-la.

Esse fenômeno instrumental, tem sido aceitável em função da incorporação dos direitos e princípios fundamentais ao processo civil moderno, já que a figura do juiz proativo promove a verdade substancial, com vistas à efetividade do processo.

Entretanto, a pesquisa leva a conclusão que no ato da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é imperioso que o magistrado tenha uma postura coesa, atento às consequências que as suas decisões podem provocar, pautado na razoabilidade e na proporcionalidade, com o intuito de assegurar às partes o equilíbrio da relação processual, como meio condutor da segurança jurídica.

Igualmente, a cientificidade torna-se uma peça mestra para que o controle sobre a vida social dos sujeitos de direitos seja exercido de forma isonômica e pacificadora como fonte reveladora de um processo justo e previsível.

Nessa perspectiva, o magistrado precisa estar atento e preparado à análise do caso concreto, fixando critérios condicionantes à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, para que esta não seja um veículo condutor de decisionismos.

Essas condicionantes à efetivação da teoria em pauta, idealizadas sob os aspectos formal e material, revelam-se como formas limitadoras do poder estatal, uma vez que possibilita a aplicabilidade da distribuição diversa do ônus da prova, tão somente em casos extremos.

Nesse contexto, infere-se a necessidade de determinação de limites à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, deve ser aplicada tão somente quando a parte, originariamente incumbida, estiver em excessiva dificuldade ou impossibilidade de produção da prova pretendida, enquanto a parte adversa puder exercê-la com facilidade, desde que, em decisão devidamente fundamentada, precedida de um diálogo cooperativo entre os sujeitos do processo e a oportunização para que o litigante onerado se desincumba da carga dinâmica.

No que tange ao momento adequado para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, verifica-se que é a fase de saneamento do processo é o momento mais propício, pois o contraditório já está formalizado e permite o diálogo entre os sujeitos do

processo, bem como a possibilidade de produção tempestiva do ônus, fator crucial para que a parte que tenha sido onerada previsivelmente consiga cumprir o encargo probatório.

Por fim, os critérios condicionantes à aplicação da teoria em comento afastam os riscos de desvio de finalidade do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, além de evitar a sua utilização aleatoriamente, coíbe a incidência da prova diabólica reversa, a qual implanta um efeito negativo com a transmissão da derrota de um litigante para o outro e visa impedir a lesão ao arcabouço principiológico subjacente do devido processo legal, uma vez que essas condicionantes preventivas levam em consideração o caráter da excepcionalidade, essência explanada nesta pesquisa.

7 REFERÊNCIAS

ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. **Manual de direito processual civil.** 12ª ed., (Processo de Conhecimento vol.2). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1998.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica.** São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** a definição dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

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

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

_____. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

CARPES, Artur Thompsen. **Prova e Participação no Processo Civil:** A dinamização dos Ônus probatórios na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. 176 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Litigância de má-fé e lealdade processual. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 2000.
MOREIRA, José Carlos Roberto. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor.** Revista de Processo, n° 86. São Paulo: 1997.
OLIVERIA, Carlos Alberto Álvaro de. **A garantia do contraditório**. São Paulo: Saraiva, 2003.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010.
PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Política do Processo Civil: a objetivação da justiça**. Curitiba: J. M., 2011.
REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil.** Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009.
ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
SOUZA NETTO, José Laurindo de. **A Evolução da Jurisdição para uma Perspectiva Transformadora:** A Necessária Compreensão Crítica da Realidade. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, v. 1, p. 3103, 2012.
STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil.** 8ª ed., vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova.** São Paulo: Malheiros, 2011.