

### Veja também sobre o novo CPC

- Brevíssimos pensamentos sobre as linhas mestras do novo Código de Processo Civil, de Leonardo Netto Parentoni – *RePro* 193/281;
- Concentração das respostas do réu e ampliação dos limites objetivos da lide no Projeto de Lei 166/2010, do Senado Federal (novo Código de Processo Civil), de Luís Guilherme Aidar Bondioli – *RePro* 195/369;
- Incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto do novo CPC. Breves apontamentos, de Antônio Pereira Gato Júnior – *RePro* 199/247;
- Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do Projeto do novo Código de Processo Civil, de José Aurélio de Araújo – *RePro* 206/207; e
- O processo civil participativo – A efetividade constitucional e o Projeto do novo Código de Processo Civil, de Bruno Vinicius da Rós Bodart – *RePro* 205/333.

## ÔNUS ESTÁTICO, ÔNUS DINÂMICO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



MARCELO PACHECO MACHADO

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela USP. Professor da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado.

Recebido em: 27.12.2011  
Aprovado em: 16.03.2012

ÁREA DO DIREITO: Processual

**Resumo:** O artigo analisa criticamente o sistema de ônus da prova previsto pelo Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, aprovado pelo Senado sob o n. 166/2010, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob o n. 8.046/2010. São destacadas as dificuldades em se conciliar o chamado sistema estático de distribuição dos ônus da prova, com técnicas que reúnem características de inversão e distribuição dinâmica desses mesmos ônus. Destaca-se, ainda, a improbabilidade de o sistema, tal qual previsto, atender aos objetivos de simplificação e operacionalidade prometidos pelo legislador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ônus da prova – Novo Código de Processo Civil brasileiro.

**Abstract:** The paper critically analyses the legal system of burden of proof previewed by the proposition of the new Brazilian Code of Civil Procedure, approved by the Senate under the n. 166/2010. It highlights the difficulties in conciliating the traditional system of burden of proof with techniques that gather characteristics of the inversion and the dynamic distribution of such legal burdens. The paper focuses on the improbability of such system achieving the goals of simplification and operability aimed by the legislators.

**Keywords:** Legal burden of proof – New Brazilian Code of Civil Procedure.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais – 2. Limites da função jurisdicional – 3. A técnica dos ônus da prova – 4. Técnicas de julgamento – 5. A distribuição estática dos ônus probatórios – 6. A distribuição dinâmica dos ônus da prova – 7. A inversão do ônus da prova – 8. Ônus dinâmico e inversão do ônus da prova – 9. Ônus estático e ônus dinâmico – 10. Inversão dos ônus da prova, ônus dinâmico e dever de alerta – 11. A natureza da distribuição dos ônus da prova no Projeto de novo Código de Processo Civil – 12. Cooperação e inversão dos ônus da prova no

RePro 208  
Suwko/2012

Projeto de novo Código de Processo Civil – 13. Dever de alerta e momento de Inversão dos ônus da prova no Projeto de novo Código de Processo Civil – 14. Conclusões – 15. Bibliografia.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Projeto de novo Código de Processo Civil, em sua proclamada missão “de resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”, institui sistema peculiar de distribuição dos ônus da prova. Em seu art. 357 (PLC 8.046/2010), traz típica regra de distribuição estática dos ônus da prova, em simetria ao disposto no art. 333 do CPC vigente. Vejamos:

“O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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”.

Na pretensão de inovar, todavia, o legislador depois apresenta uma confusa sucessão de normas, que combinam ideias próximas à inversão dos ônus da prova e à distribuição dinâmica desses mesmos ônus. Nesse sentido, é o disposto no art. 358 do PLC 8.046/2010:

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

Caso aprovado o texto, tal como redigido, os desafios para o hermenauta serão hercúleos. O projeto prevê a convivência de sistema antigo – e supostamente mais seguro – de distribuição rígida dos ônus da prova, com sistema pretensamente mais moderno – porém mais suscetível à subjetividade do juiz – de características que combinam inversão e distribuição dinâmica dos ônus da prova.

O presente ensaio tem como finalidade demonstrar as impropriedades do sistema adotado pelo legislador, em especial, as dificuldades práticas de se coadjuvar de técnicas distintas de inversão dos ônus da prova em um mesmo código. Para tanto, partimos da análise do conceito de ônus da prova e de sua função no sistema processual, para, posteriormente, cuidarmos dos distintos modelos de distribuição dos ônus da prova e das opções feitas pelo PL 166/2010, aprovado pelo Senado Federal.

## 2. LIMITES DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

O processo civil, sob qualquer perspectiva científica, instrumentalista ou não, é campo aberto para a formação de ficções jurídicas. É da natureza da atividade

de jurisdicional a criação de novas realidades por intermédio dos provimentos jurisdicionais. A diferença de posição metodológica adotada, como demonstramos, reflete apenas na intensidade de tais ficções, que poderão ser mais ou menos relevantes para atividade jurisdicional. Estas, no entanto, são inevitáveis.

Com a sentença – resultado da atividade cognitiva – o sistema permite que o juiz emita linguagem a respeito da realidade (linguagem operativa). Possibilita que se afirme a ocorrência de fatos (juízo de veracidade a respeito das alegações das partes) que, por limitações materiais ou por imposições da própria norma jurídica, não se tem condições de afirmar – com a certeza necessária – se, efetivamente, ocorreram ou não.

Os fatos tomados como premissa de julgamento podem não haver ocorrido no mundo real, ou o que é pior, dependendo da técnica processual aplicável, podem sequer terem sido objeto de investigação por meio de técnicas probatórias.

Defronte à função de pacificar conflitos (escopo social), o escopo jurídico do processo é muitas vezes mitigado. A solução justa, entendida como aquela condizente com a realidade e com a norma aplicável, depende do atendimento de inúmeras variáveis. É necessário estarmos diante de uma estrutura judicial adequada, eficiente e célere, é necessário estarem presentes e disponíveis todos os meios e fontes de prova e, sobretudo, é necessário o amplo respeito às garantias constitucionais do processo.<sup>1</sup> Porém, raramente todos esses elementos confluem num dado caso concreto.

O ser humano é falho e, pois, também é falho todo sistema de justiça por ele desenvolvido, de modo que, muitas vezes, limitações materiais impedem a adequada análise e julgamento dos litígios.

Assim, para fins exemplificativos, o amplo respeito às garantias constitucionais limita a celeridade do processo, eventos imprevisíveis limitam a disponibilidade de fontes e meios de prova, e a conduta das partes e de seus patronos, muitas vezes, gera a ocultação ou limita a disponibilidade dos meios probatórios. Tudo isso é pressuposto a todo e qualquer sistema processual. Seja ele bom ou ruim.

Essas considerações são relevantes e não podem ser desprezadas por nosso legislador. Quando aplicada, a técnica haverá de lidar com o mundo real e suas dificuldades. Um processo criado em laboratório – nas adequadas circunstâncias de temperatura e pressão – pode não ser capaz de sobreviver ao insalubre

1. Cf. Comoglio, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 21 e ss.

regime de nossos foros. Por isso, na impossibilidade de os litígios serem solucionados em absoluto cumprimento do direito material (escopo jurídico do processo), temperamentos são, e devem ser, desenvolvidos pela própria técnica, de modo a consagrar o escopo social (pacificação).

### 3. A TÉCNICA DOS ÔNUS DA PROVA

Os ônus da prova muito bem se inserem no contexto narrado acima. São normas que reconhecem e solucionam problemas gerados pela impossibilidade de pleno e incondicional atendimento aos escopos do processo. Interessantemente, reconhecem as limitações impostas pela realidade à instrução probatória e à atividade cognitiva do juiz, e tentam conciliar exigências, muitas vezes conflitantes, de justiça nas decisões e plena pacificação dos conflitos.

Os ônus da prova servem de ferramenta ao juiz, para que presuma a ocorrência de fatos (alegados) que, embora sejam fundamentais para a resolução do litígio, não foram objeto de instrução probatória suficiente. Permitem, em síntese, que o juiz relate uma realidade que não sofreu investigação e que, a despeito disso, poderá servir de premissa para um julgamento de mérito.

E o fazem para viabilizar a pacificação social. Tendo em vista a vedação do *non liquet*, é necessário armar o juiz de mecanismo apto a dar solução a fatos em que as provas produzidas não são suficientes para esclarecer a veracidade das alegações das partes.

Estas premissas são comuns a todo e qualquer sistema processual. A questão fundamental, no entanto, diz respeito à colocação das técnicas dos ônus da prova em conformidade com as necessidades – ideológicas – de um sistema de processo justo e equânime.<sup>2</sup>

Assim questionamos: até que ponto devemos lançar mão dos ônus da prova? Qual é o critério mais justo para a sua distribuição? Em quais hipóteses tal regra deve ser aplicada?

Na tentativa de responder a tais questionamentos, pretendemos analisar, em primeiro momento, o sistema tradicional, hoje vigente, dos chamados ônus

estáticos da prova. Posteriormente, será analisado o conceito de ônus dinâmico, que, por sua vez será comparado com a ideia de inversão dos ônus da prova, com o fim de que sejam estudadas as técnicas que ora se pretende implementar no Projeto de novo Código de Processo Civil.

### 4. TÉCNICAS DE JULGAMENTO

Quando, no curso do processo, uma demanda é impugnada pelo réu, os pontos, de fato e de direito, que fundamentam o pedido autoral, passam a se tornar controvertidos. Nessa medida, surgem as chamadas *questões* que, na concepção clássica de Carnelutti, dividem-se em *questões de direito* e *questões de fato*.<sup>3</sup>

As questões de direito se estabelecem a partir de dissenso quanto à interpretação do ordenamento jurídico, é dizer, por divergências produzidas entre os sujeitos parciais do processo relativamente ao que prescrevem as normas de direito material. Por se tratarem de problemas relativos à interpretação do direito, essas questões são resolvidas mediante mero exercício intelectual do juiz. Quando o juiz fixa um posicionamento a respeito da interpretação da norma jurídica aplicável, ele elimina a *questão de direito* surgida no processo.

As questões de fato, por sua vez, traduzem-se em controvérsias estabelecidas entre alegações das partes. Para que sejam solucionadas, dependem de um exercício cognitivo próprio, propiciado pela instrução probatória. Em princípio, somente a partir da produção de provas se solucionam questões de fato. Isto porque, é com base nas provas que o juiz forma seu convencimento e, nessa medida, passa a ter a capacidade de fixar as premissas fáticas de seu julgamento.

Contudo, nem sempre a instrução probatória é suficiente para solucionar todas as controvérsias de fato. Ainda que o juiz tenha lançado mão de todos os seus poderes instrutórios, determinando a produção de provas *ex officio*, podem restar dúvidas a respeito da efetiva ocorrência de determinados fatos narrados pelas partes.

Assim, como ao juiz é vedado se abster de julgar a causa (*non liquet*), como proceder?

A técnica processual concede uma saída. Trata-se dos *ônus da prova*, mecanismo pelo qual o juiz tem a capacidade de efetuar o julgamento sem que

2. Em relação a essa perspectiva, que já não se mostra mais tão recente, atentava Eduardo Juan Couture, nos idos dos anos 50: "se ha abandonado la solución consagrada

todavía en nuestros códigos, de reparir de antemano la actividad probatoria entre las partes, y se ha buscado una aproximación del juez civil al penal, poniendo en manos de éste una considerable iniciativa en materia probatoria" (*Fundamentos del derecho procesal civil*, 4. ed. reimp. Buenos Aires: B. de F., 2005, p. 241).

3. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 1997, p. 433.

tenha se convencido a respeito de como, efetivamente, se deram os fatos relevantes da causa (ou quanto à veracidade das alegações das partes).<sup>4</sup>

Por isso, fala-se que os ônus da prova são regras técnicas de julgamento.<sup>5</sup> Propiciam a tutela jurisdicional quando as provas são insuficientes para pautar o convencimento do juiz, possibilitando o atendimento do escopo social do processo (pacificação social), ainda que não se tenha atingido razoável grau de certeza a respeito do que efetivamente aconteceu no plano dos fatos.<sup>6</sup>

## 5. A DISTRIBUIÇÃO ESTATÍSTICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS

Os ônus estatísticos da prova são a forma mais tradicional de adoção dessa técnica processual, pelos mais variados ordenamentos jurídicos. Têm como peculiaridade a fixação de um critério rígido de distribuição; o ordenamento

4. Cecília Matos aponta que a “atividade probatória das partes pode ser insuficiente para produzir no espírito do julgador o convencimento sobre a realidade dos fatos. Então, independentemente de ser o processo regido pelo princípio inquisitivo ou pelo princípio dispositivo, é lícito permitir que o juiz desenvolva seus poderes instrutórios, complementando a atividade probatória, não para auxiliar uma ou outra parte, mas para esclarecer suas próprias dúvidas. Porém, finda a instrução probatória e ainda para esclarecer os poderes instrutórios do juiz e apreciada a prova segundo o sistema de persuasão racional, a certeza poderá não se firmar e o juiz permanece em dúvida. Não poderá ele proclamar o *non liquet*, deixando de julgar com o argumento de que não formou sua convicção. Deve, então, socorrer-se das regras do ônus da prova, para determinar qual parte sofrerá a desvantagem por seu estado de dúvida, julgando procedente ou improcedente o pedido” (O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. RDC 11/164).

5. Nesse sentido Bedaque aponta que “as regras referentes à distribuição dos ônus da prova devem ser levadas em conta apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restarem suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e representa a atuação da normas a situação apresentada em juízo. (*Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Ed. RT, 1994. p. 81). A respeito da natureza das regras de distribuição dos ônus da prova cf. Giovanni Verde. *L'onerz della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974. p. 18.

6. Por isso, como afirma Bedaque, “as regras sobre o ônus da prova constituem a *ultima saída para o juiz*, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções (op. cit., p. 82-83).

positivo, desde logo, diz qual sujeito deverá sofrer sentença desfavorável na hipótese de ausência de provas.<sup>7</sup>

O critério, como afirma a doutrina, é *ope legis*, de modo que a lei determina, com precisão, como se distribuirão os ônus da prova, cabendo ao juiz parcela mínima de flexibilização.

O art. 333 do CPC é o mais fiel retrato desse sistema, especificando em abstrato as hipóteses em que a falta de provas prejudicará o autor e as hipóteses em que prejudicará o réu. Se não restarem provados os fatos constitutivos do direito do autor, deverá ser proferida sentença de improcedência (inc. I), se não restarem provados os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, alegados pelo réu, a sentença deverá ser de procedência do pedido (inc. II).<sup>8</sup>

A despeito da previsibilidade que tal sistema estancou de distribuição de ônus probatórios pode proporcionar, seus resultados são comumente criticados do ponto de vista da justiça. Afirma-se que, ao conhecer desde já qual resultado será produzido no caso de ausência de provas, uma das partes poderá se beneficiar das dificuldades da outra na produção probatória, restando silente quanto à produção de provas, na expectativa de receber uma sentença favorável – ainda que não esteja agasalhada pelo direito material.<sup>9</sup>

7. Como aponta Cecília Matos, “a grande questão sobre o ônus da prova não é o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta de prova” (op. cit., p. 164).
8. Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, “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”. (Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual: Segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 74).

9. Marcelo Abella Rodrigues ressalta as dificuldades que assolam as partes na produção de determinadas provas, destacando a injustiça do critério objetivo de distribuição dos ônus probatórios. Afirma que “muitas vezes desconhecem as provas que possuem por absoluta ignorância, num caso conhecido de *hipossuficiência técnica*. Noutras, a deficiência está atrelada a uma inferioridade econômica que impede que a parte possa trazer ao processo a melhor prova para atestar o seu direito. Assim, seja a hipossuficiência ao processo a melhor prova para atestar o seu direito. Assim, que acarreta uma técnica, seja a econômica – extremamente comum numa sociedade desigual como a nossa – estes são fatores decisivos para um desequilíbrio no processo, que acarreta um irreversível e injusto comprometimento de resultados prestados pela justiça. Nesse particular, nos parece inevitável e indiscutível a conclusão de que a manutenção de um sistema processual de distribuição da prova, em que o encargo probatório é outorgado

Além disso – segundo se afirma<sup>10</sup> – favoreceria estratégias de sujeitos que planejam se utilizar da técnica processual para obter provimentos jurisdicionais favoráveis, quando cientes das dificuldades que enfrenta a parte contrária na produção de provas.

A atribuição estanque dos ônus da prova ignoraria, pois, as desigualdades materiais que se estabelecem concretamente em relação às partes, no que tange ao acesso aos meios e fontes de prova e à capacidade técnica e econômica de propiciar sua produção. Por esse motivo, a despeito de representar maior previsibilidade e segurança jurídica, figuraria como um mecanismo de incentivo à acomodação do sujeito favorecido pelo ônus probatório, com o potencial de criar injustiças.

## 6. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS DA PROVA

A noção de ônus dinâmico da prova representa uma tendência global do processo civil, de flexibilização das regras processuais e de atribuição de maiores poderes ao juiz na adaptação do procedimento ao caso concreto.<sup>11</sup>

Com o fim de minorar as injustiças causadas por um sistema de ônus estanque, a distribuição dinâmica permite uma análise, em concreto, das especificidades das relações conflituosas. Tal sistema exige que o juiz identifique, caso a caso, se uma das partes tem maior facilidade que a outra em produzir determinada espécie de prova e, desse modo, estabeleça o ônus da prova em seu desfavor.

O critério aqui é *ope iudicis*.<sup>12</sup> Não exatamente porque inexistem critérios legais que vinculam a atuação do juiz. O juiz não atua livremente, mas, na verdade, está obrigado, por força da lei, a atribuir o ônus da prova à parte que tiver

as partes por um critério objetivo (fato constitutivo o autor e fatos extintivos, modificações ou impeditivos o réu). Levará, sem dúvida, a resultados processuais (tutelas jurisdicionais) injustos, porque descomprometidos com a verdade real". (A distribuição dos ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 247).

10. Segundo Eduardo Cambi, a técnica prevista pelo art. 333 do CPC "não serve adequadamente para a tutela dos direitos transindividuais", na medida em que acabaria "redundando em um ônus diabólico, porque inviabilizaria a realização desses direitos" (Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6.º, VII, do CDC. *REPro* 127/101).

11. A respeito da tendência pela flexibilização do procedimento, cf. BIANCHI, Paolo. I procedimenti civili semplificati e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, ano 56, p. 766.

12. Nesse sentido cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: \_\_\_\_\_ et al. (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 15.

maior facilidade na sua produção. O que ocorre, efetivamente, é que, nesse caso, a análise do juiz se comparada à técnica dos ônus estáticos será um tanto mais subjetiva, devendo este valorar, dentro do processo, uma quantidade superior de elementos para formar sua convicção.

Na hipótese de distribuição de ônus estática, o juiz se limita a identificar quem é autor, quem é réu, o que é fato constitutivo e o que é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Assim, as alegações das partes referentes a fatos constitutivos devem ser provadas pelo autor, caso contrário o juiz deverá proferir sentença de improcedência. Por consequência, as alegações referentes a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, caso não provadas, levarão à sentença de procedência.

Tratando-se de ônus dinâmico, a análise é significativamente mais complexa, é necessário adentrar na relação conflituosa, conhecer peculiaridades do direito material e características dos sujeitos nela envolvidos, para se concluir pela maior ou menor facilidade de uma das partes em produzir determinada prova. Neste caso, cabe ao juiz maior grau de subjetividade na produção de seu comando decisório. Por isso se fala em critério *ope iudicis*.<sup>13</sup>

A partir do desenvolvimento do ônus dinâmico de prova, supera-se a ideia de que eventual hipossuficiência – técnica ou econômica – de uma das partes, ou, ainda, mera dificuldade na comprovação de determinado fato, figure como empecilho à concessão da tutela jurisdicional. Sendo hipótese de insuficiência probatória e evidenciando maior facilidade de uma das partes, o juiz estará livre para proferir sentença desfavorável a este sujeito processual.

## 7. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

"Inversão", em bom português, é um conceito relativo. Inverte-se, sempre, alguma coisa (que se toma como paradigma). Quando se fala em inversão do ônus da prova, com efeito, há de se saber qual ônus, ou melhor, qual regra de ônus da prova, pretende-se ver invertida.

A noção de inversão dos ônus probatórios, sozinha, nada significa – é necessário sempre saber qual é a regra de distribuição de ônus da prova que se pretende inverter. Por isso, Cândido Rangel Dinamarco define a inversão do

13. Dizer que o critério é *ope iudicis* não significa afirmar inexistir na lei qualquer parâmetro a ser seguido, mas, tão somente, que caberá ao juiz maior grau de adaptação da regra ao caso concreto, tendo em vista se estar diante de parâmetros legais de grande amplitude como e.g. a maior facilidade na produção de determinada prova.

ônus da prova como “as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei”.<sup>14</sup>

No Código de Defesa do Consumidor, quando se fala em inversão do ônus da prova, pretende-se inverter a regra geral do Código de Processo Civil, prevista pelo art. 333, permitindo-se, sobretudo, que seja atribuído ao réu o ônus de provar a inverdade dos fatos constitutivos do direito do autor. Ou, ainda, em situações mais excepcionais, que seja atribuído ao autor o ônus de provar a inexistência dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de seu direito, que foram alegados pelo réu.

Para que seja aplicada dita inversão, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6.º, VIII, faz a exigência de que se esteja presente o requisito (a) verossimilhança em relação às alegações do consumidor e, ainda, que se demonstre, em concreto, (b) efetiva hipossuficiência do consumidor, de natureza econômica ou, ainda, em relação ao acesso aos meios de prova.

## 8. ÔNUS DINÂMICO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Do que se mencionou até o momento, pode-se observar que as ideias de ônus dinâmico e de inversão dos ônus se justificam por finalidades muito próximas. Quer-se evitar, em ambos os casos, que dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes, em produzir determinada espécie de prova, façam com que esta receba sentença de mérito desfavorável. O valor que se visa a atingir é, nitidamente, o de maior justiça na decisão judicial.

No entanto, as técnicas retratadas não podem ser confundidas. A atribuição de ônus dinâmico da prova, se admitida, deve ser compreendida como *uma regra geral*, aplicável em todas as hipóteses. O ônus da prova, nesse caso, será atribuído sempre ao sujeito do processo que teria maior facilidade econômica, organizacional ou circunstancial. A inversão do ônus da prova, por sua vez, é uma regra de aplicação subsidiária. Aplica-se regra geral de atribuição de ônus da prova (normalmente, o art. 333 do CPC) para, tão somente em circunstâncias excepcionais, ser imposta sua inversão.

14. Fala ainda o professor que “segundo provêmham estas da própria lei, ou da vontade das partes ou decisão do juiz por autorização legal, essas inversões serão *legais, convencionalis* ou *judicialis* (*Instituições de direito processual civil*, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. III, p. 76-77). Neste trabalho, com efeito, como o foco se refere às técnicas do processo coletivo, tratar-se-á das chamadas inversões *judicialis*, assim como previstas pelo CDC.

No caso do Código de Defesa do Consumidor, como visto, essa inversão se justificaria pela existência de relação de consumo, verossimilhança das afirmações do consumidor e demonstrada hipossuficiência técnica ou econômica. As técnicas de distribuição dinâmica e de inversão do ônus da prova, com efeito, têm naturezas distintas. A despeito de terem sido criadas para os mesmos propósitos, não é conceitual um sistema que contenha, como regra geral, ambos os mecanismos simultaneamente.

## 9. ÔNUS ESTATICO E ÔNUS DINÂMICO

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

Partindo-se do pressuposto de que os ônus da prova figuram como regra de julgamento, sua aplicação ocorrerá apenas em um momento processual: a sentença. Nessa medida, ainda que exista na lei a previsão de alerta quanto à distribuição das “incumbências probatórias”, um dos dois critérios deverá prevalecer quando do julgamento da causa, ou o juiz se utiliza do parâmetro legal fixo ou o juiz se utiliza do parâmetro flexível. Não pode se valer de ambos ao mesmo tempo.

Como dito acima, o juiz não possui poderes discricionários para aplicar, quando bem entender, os ônus dinâmicos da prova. Uma vez prevista tal norma pelo ordenamento jurídico, o juiz deverá se valer dela em todos os casos, avaliando a presença dos requisitos legais equitativamente. Não pode escolher a seu bel prazer, por aplicar em uns casos os ônus estáticos e em outros os ônus dinâmicos. Entender desse modo seria negar vigência ao princípio da isonomia no formalismo processual.

Com efeito, podemos afirmar que também as regras dos ônus estáticos e dos ônus dinâmicos, por sua própria natureza, são mutuamente excludentes, não sendo viável a aplicação conjunta e simultânea desses dois sistemas.

## 10. INVERSÃO DOS ÔNUS DA PROVA, ÔNUS DINÂMICO E DEVER DE ALERTA

As técnicas de inversão e de distribuição dinâmica dos ônus da prova, como relatado supra, tratam de critérios que, inequivocamente, tem maior probabilidade de propiciar resultados mais justos por meio do processo. No entanto, se critica tais mecanismos sob o argumento de que pecariam pelo fato

de não garantirem o mesmo grau de *previsibilidade e segurança jurídica* que o sistema estático.

Não se saberia, de antemão, se há e qual é o sujeito processual que detém maior facilidade na produção de determinada espécie de prova e que deverá arcar com os ônus probatórios. Por isso, ante o sistema dinâmico ou flexível, a incumbência da prova seria conhecida apenas quando o juiz se manifesta expressamente nesse sentido, reconhecendo a quem cabe efetuar a prova de cada alegação.

Nesse ponto, discute-se: em função dessa imprevisibilidade, seria fundamental para a manutenção desse sistema a existência de alerta prévio às partes a respeito da distribuição, em concreto, dos ônus da prova?

A resposta é negativa.

Ao se instituir o ônus flexível da prova ou mesmo se prever a possibilidade de alteração do quadro inicial dos ônus, na verdade, exige-se a participação de todos os sujeitos processuais, que, sob o risco de poderem ser afetados por regra de julgamento, passam a ter de contribuir, com todos os recursos possíveis, para a produção das provas necessárias ao conhecimento da relação conflituosa trazida a julgamento.

A ideia tem pertinência com o princípio da cooperação que, analisado sob o prisma da instrução processual, retira os ônus da prova de uma posição meramente objetiva, para dela extrair comandos destinados aos sujeitos do processo, instando-os a trazer os elementos probatórios que estiverem disponíveis e aumentando o objeto de cognição do juiz.<sup>15</sup>

Essa circunstância, como visto, é benéfica. Impede que a partes ocultem ou se abstenham de produzir provas necessárias, propiciando que o processo gere resultados mais próximos da realidade.

Não se pode falar, aqui, em surpresas processuais. Uma vez que se admite — com a clareza e segurança jurídicas necessárias — o sistema do ônus flexível ou de inversão da prova, as partes terão ciência prévia de que, não produzindo a prova que teriam a possibilidade de produzir, passarão a correr o risco de sofrer uma sentença desfavorável em função dessa omissão. Com esse sistema, insere-se um ônus prévio, a todos os sujeitos processuais, no sentido de que deverão produzir todas as provas necessárias ao julgamento da causa, sob pena de poderem sofrer os efeitos negativos de sua omissão.

Um prévio alerta propiciado pelo juiz em relação a incumbências subjetivas de prova acabaria por prejudicar esse almejado estímulo à participação das partes, na medida em que o sujeito não onerado estaria tendente a restar omissos no processo, na expectativa de que a parte adversa não tenha condições de fazer a prova de suas alegações.

Ademais, o alerta possuiria grave limitação de ordem prática. Em muitos casos, somente será possível avaliar eventual facilidade ou dificuldade de uma das partes, em produzir determinadas provas, depois de se adentrar na investigação fática, é, dizer, depois de se conhecer a efetiva situação de cada um dos sujeitos processuais, no curso da própria instrução probatória.

Por tais razões, acredita-se que a melhor solução é deixar muito claro, de logo, que qualquer dos sujeitos processuais poderá ser onerado no caso de insuficiência de provas e que, por este motivo, todos devem contribuir intencionalmente com a instrução processual.

## 11. A NATUREZA DA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Da forma como redigido e aprovado pelo Senado Federal, o Projeto de novo Código de Processo Civil contempla características dos três sistemas de distribuição dos ônus da prova tratados no presente trabalho. Em primeiro lugar, estabelece em seu art. 357 (PLC 8.046/2010) regra clara de ônus estanque, de redação análoga ao vigente art. 333 do CPC, na medida em que prevê critérios legais para a distribuição dos ônus da prova em relação a autor e réu, no que diz respeito aos “fatos constitutivos” ou “fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor”.

Em segundo lugar, o art. 358 do PLC 8.046/2010 apresenta regra próxima a dos ônus dinâmicos, estipulando critério *ope iudicis*, de natureza predominantemente subjetiva, de modo a permitir a distribuição dos ônus da prova em detrimento da “parte que estiver em melhores condições de produzi-la”, depois de análise das circunstâncias do caso concreto. Por fim, esse mesmo artigo apresenta características típicas de técnica de inversão, na medida em que toma como referência geral uma norma que prevê a distribuição dos ônus estanque (art. 357 do PLC 8.046/2010) e determina que, em condições especiais, seria possível a inversão dessa regra geral, com distribuição “de modo diverso dos ônus da prova”.

A questão que se coloca é: como se comunicariam esses sistemas?

Como visto, a distribuição estanque dos ônus da prova se comunica bem com a possibilidade de inversão desses mesmos ônus. Tem-se inicialmente um

15. Aparentemente, em sentido contrário: cf. MIRINHO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 125.

parâmetro objetivo que, em casos excepcionais, pode ser alterado, com a finalidade de se buscar uma solução mais justa para o caso concreto. Assim e.g., é o que ocorre no Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, VIII), no qual, presente a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações, pode o prestador de serviços ser instado a arcar com o ônus da prova dos fatos constitutivos do autor-consumidor, ou mesmo, o que seria mais comum, com os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados pelo consumidor-réu.

A regra de distribuição dinâmica, no entanto, não convive bem com as outras duas. Não é possível falar-se na inversão dos ônus dinâmicos da prova, eis que, propiciar tal técnica seria instituir a injustiça no processo, atribuindo-se ao menos capaz de provar o fardo decorrente da ausência de provas. Do mesmo modo, não seria possível aplicar-se, ao mesmo tempo, regra de ônus estancado e regra de ônus dinâmico. Ou se estabelecem critérios objetivos, devidamente pormenorizados na lei, quanto aos ônus de cada litigante ou se estabelecem critérios subjetivos, a serem avaliados pelo juiz, em cada caso concreto.

O juiz não tem condições de seguir critérios rígidos, previstos na lei, que limitam a sua atividade (critério *ope legis*) e, ao mesmo tempo, ter a liberdade de estipular os ônus da prova em conformidade com parâmetros equitativos, que identificaria subjetivamente nos casos concretos (critério *ope iudicis*). Cumprir ambos, ao mesmo tempo, como já referido, é logicamente impossível.

A norma prevista pelo anteprojeto, com efeito, padece de relevantes imperfeições técnicas ao não manifestar uma opção clara em relação a qual sistemática adotar, ou, o que é pior, ao não indicar, com a clareza necessária, quando o ônus estancado deve ser aplicado e quando a inversão/ônus dinâmico deve ser aplicada.

O entendimento mais plausível seria no sentido de que o projeto configuraria um sistema de mera inversão, fato que se corrobora com a expressão utilizada no § 2.º do art. 358 do PLC 8.046/2010. Esta funcionaria da seguinte forma: (a) em regra geral, prevaleceria o sistema do vigente art. 333 do CPC, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos; (b) excepcionalmente, quando o juiz tivesse condições de verificar grande disparidade entre as partes no que tange ao acesso a determinado meio ou fonte de prova, seria possível decretar-se a inversão. Essa, inclusive, parece ser a intenção da proposta de substitutivo apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que, ao alterar o texto do art. 358, fala na possibilidade de “inversão” tão somente nos casos em que a maior facilidade na obtenção da prova, em relação a uma das partes, seja “manifesta”. Vejamos a nova redação do dispositivo PLC 8.046/2010:

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

Para se chegar a tal resultado hermenêutico a partir da redação do projeto aprovado pelo Senado, todavia, seria necessário grande esforço. Não há uma indicação clara do efetivo relacionamento entre os arts. 357 e 358 do PLC 8.046/2010, que passam noções contraditórias. Caso, de fato, se entendesse que o art. 358 estipularia efetiva distribuição dinâmica dos ônus da prova, o artigo que o precede haveria por ser pautado como carente de qualquer sentido jurídico. Tendo o juiz, sempre, condições de atribuir o ônus da prova ao sujeito com melhores condições, passaria a padecer de inutilidade qualquer estipulação estancada, em sentido contrário.

Ao estabelecer os critérios em análise, portanto, o legislador perdeu a oportunidade histórica de seguir com a atribuição de maiores poderes ao juiz na condução do processo, mantendo o sistema estancado de ônus da prova. E não obstante isso, utilizou-se, de forma confusa, das técnicas de distribuição dos ônus da prova, fato que tem o potencial de gerar grandes problemas hermenêuticos, inviabilizando a promessa de “maior operacionalidade” trazida pela exposição de motivos do novo código.

## 12. COOPERAÇÃO E INVERSÃO DOS ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto de novo Código de Processo Civil, ainda regulando a respeito dos ônus da prova, prescreve no § 1.º do art. 358 que “sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357 deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”.

Andou bem o legislador ao determinar que o juiz “deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”. A conduta exigida do magistrado está em plena conformidade com a moderna visão de contraditório, que exige do juiz engajamento proativo no processo, comunicando-se com as partes e alertando-as a respeito das consequências de suas condutas, sempre com a finalidade de atender aos escopos da jurisdição, de natureza pública.

No entanto, a norma peca ao aparentemente restringir tal conduta de alerta e cooperação aos casos em que “o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357”. Assim, questiona-se, não estaria o juiz também

obrigado a alertar as partes a respeito do efetivo cumprimento de seus ônus da prova na hipótese de aplicação do art. 357?

A resposta é positiva.

Por força do princípio do contraditório, o dever de participação do juiz é exigido como norma geral do sistema, ocorrendo ou não inversão dos ônus probatórios. No processo civil, o magistrado deve se comprometer a não surpreender as partes, propiciando a publicidade dos atos processuais e, sobretudo, alertando os litigantes quanto às possíveis consequências de suas condutas.<sup>16</sup>

Sabemos, por exemplo, que a técnica processual vigente já acolhe, nitidamente, esses valores quando exige que o demandado seja alertado, no mandado de citação, a respeito das possíveis consequências de sua inanição (art. 343 do CPC) ou, ainda, quando determina que o juiz alerte às partes a respeito da possível inversão dos ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).<sup>17</sup>

16. Assim é a lição de Barbosa Moreira, para quem a garantia do contraditório “implique pour le juge l'intediction de prendre des mesures sans en avertir les parties et d'appuyer sés décisions sur des faits et des résultats de l'instruction au sujet desquels elles n'auraient pu s'exprimer”. (Le nouveau Code de Procedure Civile vu par un juriste brésilien. *Temas de direito processual civil. Quinta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 42).

Do mesmo modo, analisando a jurisprudência da Corte da Cassação italiana, Giuseppe Tarzia identifica a existência de um poder-dever do juiz e de seus auxiliares de informar as partes a respeito dos poderes processuais a elas conferidos pela lei, e aos prazos e modos para o seu exercício (Le istruzione del giudice alle parti nel processo civile. *Problemi del processocivile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989. p. 334).

17. Como salienta Sérgio Cruz Arenhart, “este papel, atribuído ao magistrado, de orientar e advertir as partes não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, ele já existe na orientação dos efeitos da revelia – que acompanham a comunicação do réu para se defender – ou na admoestação quanto aos efeitos decorrentes do não-comparecimento para prestar o depoimento da parte (art. 343, §1º, do CPC), ou ainda o aviso judicial sobre possível modificação do regime do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC)”. (Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (orgs.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 602).

Após discorrer a respeito da relevância do princípio da informação nos ordenamentos processuais da antiga União Soviética, Giuseppe Tarzia, referindo-se à evolução do direito italiano e de outros países europeus ocidentais, aponta que “il dovere di informazione o istruzione del giudice nei confronti delle parti per ciò che concerne i loro diritto e obblighi processuali, e in particolare i poteri che ad essi sperrano e i mezzi per i loro esercizio, acquista nell'ambito de generale movimento verso la ‘socializzazione’ del processo civile” (TARZIA, Giuseppe. Op. cit., p. 660).

A cooperação do juiz também se relaciona intimamente com o formalismo processual.<sup>18</sup> O juiz não pode se valer do formalismo como simples meio de “se livrar de processos”, mas deve, sempre que possível, avaliar a situação de direito material, evitando que a técnica figure como um obstáculo.<sup>19</sup> Nesse mister, assume grande relevância o dever de saneamento das irregularidades processuais e a instrumentalidade das formas (arts. 154, 249, 284, 327 e 515 § 4.º do CPC).<sup>20</sup>

O dever de cooperação do juiz está presente em todo o formalismo processual e visa a atender aos escopos do processo, de modo que o instrumento jurisdicional produza os resultados que dele se espera. Assim, o juiz deve se comportar em diálogo constante com as partes, principalmente no desenvol-

18. Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy conclui que “a melhor compreensão da fungibilidade de meios está intimamente relacionada com a adoção de uma postura cooperativa, atual e consciente a respeito das nulidades do processo civil”. (*Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 59).

19. Miguel Teixeira de Sousa, referindo-se ao Código de Processo Civil Português, elenca, em relação ao dever de colaboração do órgão jurisdicional, quatro deveres essenciais: “um é o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cf. art. 266º, n. 2), de molde a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada; – um outro é o dever de prevenção, ou seja, o dever de o tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências de suas alegações ou pedidos (cf. art. 508º, n. 1, al. b), (art. 508º-A, n. 1, al. c), (art. 690º, n. 4 e 701º, n. 1); – o tribunal tem também o dever de consultar as partes sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenha tido possibilidade de se pronunciarem (cf. art. 3º, n. 3) (...); – finalmente, o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício de seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais (cf. art. 266º, n. 4)” (Aspectos do novo processo civil português. *RePro* 86/174).

20. A necessidade de cooperação é acolhida, também, de forma contundente pelo processo arbitral. A Lei de Arbitragem, nesse sentido, exige do árbitro uma postura ativa quanto à identificação de eventuais invalidades no processo ou na convenção de arbitragem, informando as partes e propiciando o saneamento de equívocos (art. 19). Segundo Carlos Alberto Carmona, “pode o árbitro sentir a necessidade de esclarecer alguns pontos dúbios da convenção de arbitragem: pode ocorrer que o pacto arbitral não seja suficientemente explícito acerca da extensão dos poderes conferidos ao árbitro, pode haver dúvida sobre a escolha da língua a ser empregada, pode não estar clara a disposição que estabelece a sede da arbitragem. A prudência recomenda que o árbitro desde logo procure o consenso das partes para completar disposições da convenção de arbitragem (...), evitando futura alegação de nulidade” (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.037/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 241).

vimento da instrução probatória, emitindo alertas quanto ao cumprimento de seus ônus processuais, indicando a necessidade de apresentação de documentos, testemunhas ou mesmo na produção de prova pericial. Isso, independentemente da técnica de distribuição de ônus da prova aplicável.

### 13. DEVER DE ALERTA E MOMENTO DE INVERSÃO DOS ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto, o § 1.º do art. 358 do PLC 8.046/2010 determina que nos casos de suposta inversão dos ônus da prova, o juiz “deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”. A norma determina, ainda, em seu § 2.º que “a inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção”.

Com efeito, interpretando conjuntamente os dois dispositivos, podemos chegar à conclusão de que a sistemática desejada pelo projeto se estabelecerá no seguinte sentido.

Para que ocorresse a inversão dos ônus da prova, o juiz teria de profirir decisão fundamentada, justificando que uma das partes teria melhores condições de provar determinado fato e esclarecendo que, se esta parte não lograr êxito em produzir a prova indicada, a questão processual haverá de ser decidida em seu desfavor.

Tal alerta, por decisão judicial, traria três consequências negativas para o processo.

Em primeiro lugar, justificaria o surgimento de um novo incidente cognitivo no processo civil, que aumentaria a complexidade do procedimento e que, em princípio, seria impassível de impugnação por agravo de instrumento (art. 969 do PLC 8.046/2010 fomentando a utilização de sucedâneos recursais, tais quais o mandado de segurança).

Em segundo lugar, a decisão quanto à distribuição dos ônus geraria posição de grande comodidade para o sujeito desonerado, que tenderia simplesmente a aguardar pela não produção de provas da parte contrária, cessando de contribuir para a instrução probatória.

Em terceiro lugar, ocorreria problema de ordem prática. No saneamento do processo (art. 342 do PLC 8.046/2010), o juiz diante apenas da prova documental, em muitos casos, não teria adequadas condições de avaliar a maior facilidade de uma das partes na produção de determinada prova. Tal juízo seria apenas melhor estabelecido no curso da própria produção de provas.

Tudo isso resultaria em maior retardamento do processo e não atendendo à finalidade, imposta pelo princípio da cooperação, de que as partes participem com todos os seus esforços na produção de provas, de modo que seja valorizado o escopo jurídico do processo.

### 14. CONCLUSÕES

O regime de inversão e de distribuição dinâmica dos ônus da prova apresenta vantagens em relação ao sistema tradicional, na medida em que demove os litigantes para uma maior participação. O sistema de ônus estante tende a incentivar estratégias processuais por parte do litigante desonerado previamente, que aguarda deficiências da parte contrária – econômicas ou jurídicas – para que possa se lograr exitoso, independentemente da realidade da relação material.

Os mecanismos que concedem maiores poderes para o juiz para distribuir os ônus da prova são, portanto, positivos. Porém, tal como previstas no novo Código de Processo Civil, tais técnicas apresentam uma série de problemas, todos eles tendentes a impedir que o processo atinja seus objetivos.

O principal diz respeito à utilização conjunta de sistemas de aplicação conflitante. A norma do art. 357 da PLC 8.046/2010 é típica norma de ônus estático, de modo que a norma do art. 358 da PLC 8.046/2010 apresenta características de ônus dinâmicos e de inversão dos ônus da prova. Não estabelece, ainda, critérios claros a respeito da adequada forma de aplicação de tais regras; não se pode afirmar em quais casos será aplicada a norma do art. 357 e em quais casos será aplicada a norma do art. 358.

No mais, a exigência de estipulação prévia a respeito da inversão dos ônus da prova, por meio de decisão fundamentada, traz problemas de difícil resolução prática, o que acaba gerando uma fonte de discussão de regras processuais, dentro do curso do procedimento, fator indesejado e que afasta o processo de suas finalidades.

Não deve haver, portanto, expectativas de que o novo Código de Processo Civil, caso aprovado, traga benefícios para a instrução probatória e para a justiça das decisões, de modo que a nova lei traz os mesmos malefícios do sistema anterior (permite a acomodação de uma das partes) sem os benefícios (segurança jurídica inerente a um sistema de distribuição rígida dos ônus da prova).

### 15. BIBLIOGRAFIA

- AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. *Poderes do juiz de tutela jurisdicional. A utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

- ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (orgs.). *Processo e Constituição. Estudo em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Anotações sobre o princípio do contraditório como um dos fundamentos do processo civil contemporâneo. In: CARVALHO, Milton Paulo de (org.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual civil: Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual. Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. Le nouveau Code de Procédure Civile vu par un juriste brésilien. *Temas de direito processual civil. Quinta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Ed. RT, 1994.
- BIAVATI, Paolo. I procedimenti civili semplificativi e accelerati: il quadro europeo e i riflessi italiani. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 3. ano 56. p. 751/775. Milano: Giuffrè, set. 2002.
- BRASIL, Jr., Samuel Meira. *Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6.º, VIII, do CDC. *Revista de Processo*. vol. 127. p. 101. São Paulo: Ed. RT, set. 2003.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.037/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- COMOGIO, Luigi Paolo. Contradittorio (principio del). *Enciclopedia Giuridica*. vol. VIII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, Fondata da Giovanni Treccani, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Ética e técnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto)*. *Revista de Processo*. vol. 90. p. 95. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. reimpr. Buenos Aires: B. de F., 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. rev. e atual. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não cumprimento*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: \_\_\_\_\_ et al (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*. vol. 17. p. 50. São Paulo: Ed. RT, jan. 1980.
- LAMY, Eduardo de Avelar. *Princípio da fungibilidade no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2007.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MAROS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 11. p. 161. São Paulo: Ed. RT, 1994.
- MEDINA, José Miguel Garcia et al (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. n. 1 e 2. vol. XLIV. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.
- QUIJANO, Jairo Parra. *La probabilidad. Estudios en homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abella. A distribuição dos ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Sousa, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*. vol. 86. p. 174. São Paulo: Ed. RT, abr. 1997.

Tarzia, Giuseppe. Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile. *Problemi del processocivile di cognizione*. Padova: Cedam, 1989.

VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974.

#### PESQUISAS DO EDITORIAL

##### Veja também sobre o novo CPC

- Concentração das respostas do réu e ampliação dos limites objetivos da lide no Projeto de Lei 166/2010, do Senado Federal (novo Código de Processo Civil), de Luis Guilherme Aidar Bondioli – *RePro* 195/396;
- Ensaio sobre o dever de colaboração das partes previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, de Marcelo José Magalhães Bonício – *RePro* 190/210;
- Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil, de Arruda Alvim – *RePro* 191/299;
- O novo Código de Processo Civil: breve análise do projeto revisado no senado, de Athos Gusmão Carneiro – *RePro* 194/139;
- O processo civil participativo: a efetividade constitucional e o Projeto do novo Código de Processo Civil, de Bruno Vinicius da Rós Bodart – *RePro* 205/333; e
- O Projeto do novo Código de Processo Civil e a eliminação da audiência preliminar um retrocesso na efetividade, celeridade e razoável duração do processo, de Luiz Rodrigues Wambler e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos – *RePro* 199/195.

**Atualidades  
Internacionais**