

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

ANA LAURA BARBOSA RAZO CASTILHO

**O DIREITO À PROVA, A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E A
INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO**

**CURITIBA
2018**

ANA LAURA BARBOSA RAZO CASTILHO

**O DIREITO À PROVA, A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E A
INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Professor Doutor Osvaldo Canela Júnior.

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA LAURA BARBOSA RAZO CASTILHO

O DIREITO À PROVA, A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E A
INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

*Dedico o presente estudo aos meus queridos pais, irmão e avós,
que jamais deixaram de me incentivar e apoiar.
Para vocês, todo o meu carinho e admiração.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 O DIREITO À PROVA.....	09
3 O ÔNUS DA PROVA.....	13
4 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	17
4.1 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA.....	22
4.2 MOMENTO DE APLICAÇÃO.....	28
4.3 A TEORIA DINÂMICA E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.....	30
5 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO.....	35
6 CONCLUSÃO.....	40
7 REFERÊNCIAS.....	42

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de apurar o conceito de prova, sob o ponto de vista de se tratar de um direito fundamental. Analisar o ônus da prova como encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações e sua distribuição no processo civil brasileiro. Buscou-se tecer um paralelo entre a teoria estática de distribuição do ônus da prova e a teoria dinâmica, com especial enfoque à dinamização do ônus probatório, averiguando-se seu surgimento, requisitos para aplicação, momento adequado para sua adoção e seu vínculo com o princípio da cooperação. Finalmente, agregou-se ao estudo a análise da iniciativa probatória do magistrado, com apontamentos relativos aos sistemas adversarial e dispositivo, a ampliação dos poderes instrutórios trazidos com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, sob o prisma do princípio da cooperação. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinárias, além da análise da jurisprudência, para alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: direito à prova; ônus da prova; teoria dinâmica; poderes instrutórios; princípio da cooperação.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo foi desenvolvido a partir do disposto no parágrafo primeiro do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, que positivou a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova. Entretanto, conforme será demonstrado, a mencionada teoria já era adotada por parte da jurisprudência e conhecida pela doutrina antes da promulgação do referido diploma legal.

Nesse aspecto, o tema da presente pesquisa consiste na análise conjunta da prova como um direito fundamental, do ônus da prova, com especial enfoque à dinamização do ônus da prova e a ampliação dos poderes instrutórios do magistrado, sob o prisma do princípio da cooperação mútua entre as partes no processo.

Inicialmente, foi realizado um estudo acerca do direito à prova. Ato contínuo, buscou-se averiguar o conceito de ônus da prova e as regras de distribuição do ônus da prova, destacando-se a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em detrimento do sistema estático de distribuição do ônus da prova. Ainda, abarcou-se ao estudo o momento de aplicação da dinamização do ônus da prova e, em seguida, traçou-se um paralelo entre a teoria dinâmica e o princípio da cooperação no processo civil. Finalmente, foi realizada uma associação entre os poderes instrutórios do magistrado com sua iniciativa probatória no processo, sob o ponto de vista da teoria da distribuição dinâmica e do princípio da cooperação.

A prova, por si só, é caracterizada como um instrumento, por meio do qual autoriza o magistrado chegar ao conhecimento da verdade, seja como atividade ou meio para tal. O ônus, por seu turno, corresponde ao encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. O Juízo forma seu convencimento a respeito dos fatos articulados pelas partes no bojo do processo e é, justamente, nesse sentido que passa a existir a ideia de ampliação da iniciativa probatória do magistrado, visto que o processo civil centrado no princípio rígido do dispositivo e na inércia do juiz já não é suficiente, muitas vezes, para a conclusão do caso concreto.

Conforme já mencionado, identifica-se no Código de Processo Civil de 2015 um modelo de processo cooperativo, que reflete a distribuição das funções que cada sujeito deve exercer no processo e o relevante papel do magistrado na instauração, no desenvolvimento e na conclusão do processo.

Do mesmo modo, vislumbra-se a possibilidade de se questionar a mudança de paradigma que trouxe o Código de Processo Civil de 2015 quanto ao modelo cooperativo do processo, bem como a intensificação da participação do magistrado, sobretudo no tocante aos seus poderes instrutórios, a quem cabe zelar por um processo que vise a obtenção de um resultado justo.

A problemática que envolve o tema da presente pesquisa surge a partir da constatação de que a violação do direito à prova pode implicar na indevida restrição do exercício de um direito fundamental. Isso porque, a adoção da teoria estática na distribuição do ônus da prova, ainda utilizada como regra geral no ordenamento jurídico, promove, muitas vezes, a inobservância de preceitos fundamentais constitucionais no âmbito do processo civil.

Nesta toada, com a evolução do processo civil e o surgimento da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, que se contrapõe à noção estática da distribuição do ônus da prova, vislumbra-se uma mobilidade para que o sistema instrutório se adapte casuisticamente, atendendo as circunstâncias que surgirem de modo individualizado. O intuito é facilitar a produção da prova, devendo suportar o ônus a parte que estiver em melhores condições de produzi-la, desde que observadas as garantias do devido processo legal, sendo oportunizada às partes a efetiva possibilidade de influir o convencimento do magistrado e de se manifestar sobre a atividade instrutória desenvolvida nos autos.

O presente tema se justifica, portanto, à medida que possui relevante valor social a análise de dispositivos legais relativos à prova, ao ônus probatório das partes no curso do processo sob a luz da Constituição Federal e do Código de Processo Civil de 2015. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra como uma alternativa ao sistema estático, de forma que quando a realização da prova se mostrar impossível, sob a perspectiva de quem recai o ônus de se desincumbir dela, constata-se a possibilidade do magistrado flexibilizar a regra geral, sob pena de se estar negando o acesso à tutela jurisdicional.

Assim, o presente estudo revela-se essencial para que se reconheça um processo civil mais justo e constitucional no que tange à fase instrutória, contribuindo para a efetivação do Código de Processo Civil vigente.

2 O DIREITO À PROVA

Segundo Eduardo Cambi, o direito à prova pode ser considerado um dos temas fundamentais do processo civil moderno, estando inserido entre os pontos sensíveis da efetividade do processo, à medida em que esta consiste na sintetização das aspirações contemporâneas de construção de um mecanismo processual que, além de aplicar o direito material aos casos concretos, busca realizar outros fins (sociais e políticos) tão relevantes para a legitimação do exercício do poder jurisdicional¹.

É um direito constitucional, podendo ser extraído da noção de direito ao processo justo, no sentido de que a *“lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Ainda, o direito à prova pode ser contemplado a partir da garantia do devido processo legal, conforme dispõe o inciso LIV do referido diploma legal. A Constituição assegurou o acesso à ordem jurídica justa e o processo, para ser justo, de modo que o direito à prova deve estar voltado a concretização dos valores constitucionais, mediante a utilização das provas que visam a correta reconstrução dos fatos, possibilitando decisões justas.

Nesta toada, conforme pontua Cambi, a noção de direito à prova amplia a possibilidade de as partes influenciarem a formação do convencimento do juiz, aumentando suas chances de obter uma decisão favorável aos seus interesses, contribuindo para a cognição fiel dos fatos relevantes para a justa solução dos conflitos de interesses. Com isso, percebe-se que o direito à prova tem duas dimensões que se complementam: a satisfação dos interesses privados das partes, em influenciar o juiz, e o interesse público, na justa e correta aplicação do direito material, tornando o processo um instrumento adequado e eficaz².

O direito à prova é, sobretudo, conteúdo do direito fundamental ao contraditório. Segundo Didier, o direito fundamental à prova possui conteúdo complexo. Ele compõe-se do direito à adequada oportunidade para requerer e produzir provas, de participar da produção da prova, de manifestar-se sobre a prova produzida e o direito

¹ CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 143.

² Ibid., p. 148.

ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida³. Neste aspecto, Marinoni aduz que o princípio do contraditório deve ser visto como a manifestação do exercício democrático de um poder, sendo algo inerente ao processo, uma garantia de ciência bilateral dos seus atos e termos, com a conseqüente possibilidade de manifestação efetiva sobre os mesmos⁴.

Integra, também, a garantia constitucional da ação, na medida em que a ação é o poder de agir em juízo que as pessoas têm de romper a inércia da jurisdição, para que possam afirmar a existência de uma pretensão de direito material a ser tutelada pelo Poder Judiciário. Todavia, essa garantia é dinâmica, não se restringindo à fase postulatória do procedimento legal, mas implicando o poder de realizar no processo todas as atividades necessárias à obtenção da tutela jurisdicional requerida⁵.

O direito à prova está inserido no contexto do direito constitucional à efetividade da tutela jurisdicional, logo, as regras que disciplinam o ônus da prova afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Isto é, o Estado deve assegurar meios idôneos para satisfazer o direito dos indivíduos e o direito à efetiva tutela jurisdicional, razão pela qual, o direito à prova e o direito à sua produção devem ser vistos como inerentes e indissociáveis à ordem jurídica justa⁶.

Do mesmo modo, este integra a garantia constitucional da ampla defesa. Isso porque, a defesa corresponde a uma atividade contraposta e homóloga à ação, à medida que o autor tem direito de provar os fatos que servem de fundamento para a sua pretensão e o réu, por seu turno, tem o direito de demonstrar os fatos que servem de base para a sua defesa. Nesta amplitude de garantia constitucional da defesa, pode-se, assim, enquadrar o direito à prova, porque negar a possibilidade do réu defender-se provando, seria o mesmo que negar a noção da ampla defesa⁷.

Portanto, o direito à prova pode ser limitado a partir dos deveres e critérios acima mencionados, podendo ser tratado como um direito fundamental. Como assegura Eduardo Cambi:

³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 41.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 255-258.

⁵ CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 150.

⁶ LOURENÇO, Haroldo. Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC / Haroldo Lourenço. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 63.

⁷ CAMBI, Eduardo. Op. Cit., p. 151.

O direito à prova é capaz de servir como instrumento para a legitimação do exercício do poder jurisdicional e, ao mesmo tempo, ser uma fonte de aperfeiçoamento democrático na busca de decisões melhores, que possam traduzir com maior perfeição o sentimento social de justiça que as partes buscam ao ingressar perante o Poder Judiciário e ao processo, como meio de acesso⁸.

No que tange ao ideal de prova propriamente dito, Marinoni tece considerações acerca da ideia de prova como “busca da verdade” em seu estudo, mas critica fortemente este preceito, em sua ótica, já defasado. Na acepção clássica, a verdade material seria absoluta, buscada em processos que lidassem com interesses indisponíveis. Por sua vez, a verdade formal seria limitada e própria de processos que lidassem com direitos disponíveis⁹.

Segundo Marinoni, a ideia da “busca pela verdade” é absoluta, tornando inviável sua ligação com a atividade probatória, à medida que o processo não tem condições de reconstruir a verdade e, muitas vezes, renuncia sua busca.

Neste aspecto, Código de Processo Civil de 2015 manteve um viés clássico ao pontuar, em seu artigo 378, que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Todavia, Miguel Reale defende que se deve trabalhar com um conceito de verdade que signifique apenas uma “quase verdade”, tomando por premissa a percepção de que é impossível a absoluta certeza da reconstrução dos fatos pretéritos¹⁰.

Nesta toada, complementa Marinoni, que a reconstrução de um fato pretérito sempre é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram ou, ainda, daquele que há de receber e valorar a evidência concreta¹¹.

O vocábulo prova possui mais de um significado ou sentido, juridicamente, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento na esfera da convicção do magistrado¹².

⁸ CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 156.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 246.

¹⁰ REALE, Miguel. Verdade e conjectura. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983, p. 17.

¹¹ MARINONI, Op. Cit., p. 247.

¹² CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

Ora, é certo que a palavra “prova” pode assumir diversas conotações, podendo significar os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, o procedimento pelo qual se forma os instrumentos de cognição, a atividade lógica realizada pelo juiz para conhecimento dos fatos e o resultado da atividade lógico do conhecimento¹³.

De fato, para quem aceita o papel “regulativo” da prova, é evidente que esta assume função de justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo. Por sua vez, quem ressalta o papel discursivo do conhecimento, salientará a função retórica da prova, invocando sua função no discurso que formará a construção do conhecimento. Em ambos os casos, Marinoni destaca a importância da motivação da decisão judicial e a avaliação crítica da argumentação apresentada pelo juiz para fundamentar suas conclusões¹⁴.

Didier, por sua vez, subdivide o conceito de prova em dois aspectos: objetivo e subjetivo. A prova em sentido objetivo consiste na designação da atividade probatória ou dos meios com que ela se desenvolve. Já a prova em sentido subjetivo corresponde à convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz¹⁵.

Finalmente, Marinoni destaca que a prova não se destina a provar fatos, mas afirmações de fato, que podem ou não corresponder à realidade daquilo que se passou fora do processo¹⁶, de modo que a prova dos fatos se faz por meios adequados a fixá-los em juízo.

O direito de prova é, portanto, resultado da necessidade de se garantir ao jurisdicionado a adequada participação no processo, sendo este o instrumento de alcance da tutela jurisdicional justa¹⁷.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 249.

¹⁴ Ibid., p. 250-251.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 38.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 252.

¹⁷ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 87.

3 O ÔNUS DA PROVA

De acordo com a doutrina de Carnelutti e Dinamarco, o ônus – propriamente dito – está situado em uma posição jurídica passiva, juntamente com a sujeição e a obrigação. A necessidade é um ponto em comum entre esses institutos, que se efetivam através de um sacrifício e da subordinação de um interesse¹⁸. O ônus está inserido dentre as posições jurídicas passivas e intermediárias, pois são cumpridas no interesse do titular, mas sob o risco de prejudicar-se se não os cumprir¹⁹.

Entretanto, grande parte da doutrina já estuda e entende o ônus sob uma perspectiva e posição jurídica ativa, identificando-o como poder ou faculdade necessário para atingir um efeito jurídico que lhe é considerado favorável, um interesse²⁰. Neste aspecto, Nelson Nery Jr. delimita que o ônus da prova é efetivamente o encargo que a parte tem no processo de produzir a prova necessária para fundamentar suas afirmações sobre fato relevante para a aplicação do preceito jurídico relativo à sua pretensão²¹.

Segundo Didier, ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito em uma situação de desvantagem. Não se pode afirmar que é um dever, portanto não se pode exigir seu cumprimento, embora, normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem o interesse em observá-lo, justamente para evitar esta situação de desvantagem que pode advir de sua inobservância.

Do mesmo modo, Eduardo Cambi destaca que a noção de ônus consiste na possibilidade de a parte agir na expectativa de obter o efeito jurídico que está condicionado à sua prévia atuação. Assim, a parte onerada deve responder pelas consequências desfavoráveis decorrentes da sua própria inércia. A satisfação do ônus da prova, contudo, não garante a efetiva obtenção do efeito jurídico pretendido. A situação jurídica do ônus da prova permite, justamente, que o titular de um direito opte

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, v. 1, 2004, p. 120.

¹⁹ DINAMARCO. Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2003, p. 201.

²⁰ CABRAL, Érico de Pina. Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor / Érico de Pina Cabral. – São Paulo: Método, 2008, p. 136.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 8. Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 798.

em exercê-lo ou não, sendo que sua inércia acarreta, normalmente, a privação de um benefício²².

Para Haroldo Lourenço, o ônus de provar não se trata de obrigação, tampouco de dever, mas meramente de um encargo do qual deve se desincumbir o litigante que, segundo as regras de definição, tem a incumbência de convencer o juiz da veracidade das alegações afirmadas. Ele explica que o ônus processual se divide em perfeito e imperfeito. O primeiro ocorre quando a consequência jurídica danosa advinda do descumprimento de uma atividade processual é inevitável. Já o segundo ocorre quando o dano for provável, embora não necessário, isto é, quando a parte não consegue provar, mas ao final a prova que deixou de ser produzida é feita pela parte contrária e lhe aproveita²³.

Quando o sujeito deixa de cumprir o seu ônus de provar, ele fica sujeito às consequências previstas para a sua inobservância, que podem ou não ser contrárias ao seu interesse. Há, na verdade, um aumento do risco de um julgamento contrário. Todavia, o cumprimento ou não cumprimento do ônus de provar não ocasiona, automaticamente, um resultado favorável ou desfavorável. Tem-se, com o ônus, a necessidade de seguir uma dada conduta em benefício próprio.

No ônus não há sujeição do onerado e não há obrigação. Caso falássemos em obrigação, a inércia em cumpri-la daria ensejo a uma sanção jurídica. Do mesmo modo, não se fala em dever, porquanto o ônus é da própria parte, enquanto que o dever se dá em relação a alguém. Provar não é um dever jurídico. Assim, tem-se que o ônus é a subordinação de interesse próprio a outro interesse próprio, ao revés da obrigação, que é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio.

Conforme expõe Marinoni, o ônus da prova não trata de deveres, atribuídos às partes, ainda que eventualmente possam sobrepor-se as finalidades a que se destinam a regra do ônus probatório e as regras sobre deveres instrutórios atribuídos às partes. A regra do ônus da prova impõe deveres instrutórios às partes, revelando-se como um indicativo a respeito de quem pode se prejudicar com o estado de dúvida judicial. Tal dúvida deve ser paga pela parte que detém o ônus da prova²⁴. É possível,

²² CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 145.

²³ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 27-28.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 259-260.

portanto, coexistirem regras que impõem o dever de prova às partes e regras que impõem o ônus da prova: ambas como técnicas de que se vale o legislador para instruir o feito.

O ônus da prova é, neste condão, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou convenção das partes. A distribuição do legislador é prévia e estática, enquanto que a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada dinâmica, pois é realizada à luz de uma situação concreta²⁵.

O legislador estabelece, abstratamente, quem irá arcar com a falta de prova, que correspondem às regras sobre ônus da prova. Estas regras devem ser analisadas sob duas perspectivas, a subjetiva e a objetiva. O ônus subjetivo é dirigido às partes e consiste em “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”²⁶. Por seu turno, o ônus objetivo consiste no regramento dirigido ao juiz ou órgão jurisdicional, que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas advindas, eventualmente, da ausência de um determinado elemento de prova.

Explica Eduardo Cambi que o ônus probatório serve, em um primeiro aspecto, como uma regra de conduta, mediante a predeterminação dos fatos a serem demonstrados por cada uma das partes da relação jurídica processual (art. 373, caput, inciso I e II do CPC) – esta representa a compreensão da prova em sentido subjetivo. Por outro turno, o ônus da prova pode servir como regra de julgamento, distribuindo entre as partes os riscos decorrentes da falta ou insuficiência de prova, bem como, permite ao juiz que julgue a causa estando em dúvida quanto à existência de determinado fato – este é o ônus da prova em sentido objetivo.

Do mesmo modo, Haroldo Lourenço pontua que no ônus subjetivo, busca-se uma resposta ao questionamento “quem deve provar o quê?” e, quanto ao ônus objetivo, as regras são tidas como de julgamento, sendo observadas pelo magistrado no momento de resolver a pretensão de mérito do autor. No ônus subjetivo o litigante deve pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, visto que a lei já incumbe ao autor o fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato extintivo, impeditivo

²⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 106-107.

²⁶ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

e modificativo. Já no ônus objetivo, o legislador delimita qual dos litigantes terá que suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não provar o fato que lhe aproveita²⁷.

Entretanto, Cambi critica que, tanto o perfil subjetivo quanto o perfil objetivo do ônus da prova são insuficientes no contexto da efetividade do processo, por se tratar de uma situação jurídica negativa, que é levada em consideração pelo juiz no momento de sentenciar e verificar os fatos que foram efetivamente demonstrados. Nesta toada, as regras relativas ao ônus da prova auxiliam o juiz no momento de decidir a causa, não influenciando na busca da elucidação das questões fáticas durante a fase instrutória.

A compreensão do ônus probatório é negativa, porque atribui a cada uma das partes a possibilidade de agir em juízo, que é acompanhada de riscos inerentes às incertezas ocasionadas quando os fatos não forem satisfatórios ou integralmente demonstrados. Nesta toada, surge a necessidade de se compreender o fenômeno probatório a partir dos direitos processuais públicos subjetivos, a fim de que o processo cumpra com sua missão de proporcionar a tutela jurisdicional efetiva aos que buscam o amparo estatal²⁸.

²⁷ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 74.

²⁸ CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 146-147.

4 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Preliminarmente, insta ressaltar que, dentre as diversas alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015, destaca-se, aqui, a questão atinente ao ônus da prova. No Código de 1973, o ônus da prova decorria de um sistema fixo, fechado e estático, previsto no artigo 333 do referido diploma legal. Por outro turno, o Código de 2015 trouxe um sistema misto, com a convivência de dois sistemas, o estático e o dinâmico. A dinamização do ônus da prova é um sistema aberto, mais flexível e aplicável subsidiariamente ao sistema estático no presente ordenamento jurídico.

A regra que prevê a distribuição do ônus da prova entre autor e réu está prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil e se funda na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado e, ao réu, incumbe o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O legislador distribuiu estática e abstratamente o ônus da prova, levando em consideração a posição da parte na causa, a natureza dos fatos em que funda sua pretensão e o interesse em provar o fato. Assim, cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo e modificativo do direito do autor.

Marinoni afirma que o artigo 373 do Código de Processo Civil é regra de decisão e regra determinante da formação do convencimento judicial. Na fase de convicção e antes de ter chegado a uma eventual dúvida, o juiz deve considerar não só a natureza dos fatos em discussão e a quem incumbe a prova, mas também a natureza da situação concreta a ele levada para julgamento.

Quando a regra do ônus da prova passa a considerar a convicção diante do caso concreto, ela passa a ser responsável pela formação da convicção, que pode ser de certeza sobre a verdade ou sobre a verossimilhança. Não se pode aceitar a afirmação de que a regra do ônus da prova somente tem importância para permitir a decisão em caso de dúvida e não para a formação do convencimento. O juiz que decide com base em verossimilhança não está em estado de dúvida, está convencido

de que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto²⁹. O julgamento com base em verossimilhança é apenas uma das maneiras de atender o direito material diante da regra do ônus da prova. Ao lado dele, existe a técnica da inversão do ônus da prova, que representa outra forma de adequar a convicção do juiz e o processo às particularidades do direito material.

A distribuição estática do ônus da prova é regra geral no direito brasileiro, encontrando fundamento legislação processual. Nosso ordenamento processual, além de distribuir estaticamente o ônus da prova, o faz de modo prévio e abstrato, preocupando-se com uma solução do conflito, não se importando de qual forma, nem se tal solução se aproximará da verdade dos fatos³⁰.

Barbosa Moreira aponta que a cada uma das partes incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos ou modificativos desse direito³¹. Neste aspecto, o emprego da expressão “em regra” implica que a divisão estática do ônus da prova não pode ser vista como absoluta.

Há três formas de distribuição do ônus da prova: a convencional, a legal e a judicial. A convencional está prevista no parágrafo 3º do artigo 373 do Código de Processo Civil, que corresponde a uma espécie de negócio jurídico processual, conforme prevê o artigo 190 do mesmo diploma legal. Nesse sentido:

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Isto posto, verifica-se que somente não poderá ser aplicada quando a redistribuição convencional recair sobre direito indisponível da parte ou ornar

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 261-262.

³⁰ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 76.

³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. Temas de Direito Processual (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1988, p. 75.

excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, podendo ser acordada judicial ou extrajudicialmente.

A distribuição legal decorre da lei e pode ser aplicada a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo juiz, pois está prevista expressamente na legislação. Antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015 era comum o equívoco de supor que o juiz apenas poderia inverter o ônus da prova quando pudesse aplicar o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso VIII). Entretanto, sequer existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Isso porque a norma descrita no artigo 373 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada.

A distribuição do ônus da prova feita pelo juiz, por sua vez, conforme destaca Didier, autoriza o magistrado a redistribuir o ônus da prova, diante de peculiaridades do caso concreto, por esse motivo é chamada de distribuição dinâmica do ônus da prova. Esta dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil, ou seja, peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Além dos pressupostos formais, que consistem na decisão motivada, adequação do momento e a proibição de a redistribuição implicar em prova diabólica reversa³².

Quanto à decisão motivada, nota-se que a exigência de fundamentação é um imperativo do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Deste modo, além de apontar as premissas fáticas da dinamização, como o predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória, vez que, como a regra geral é a distribuição

³² DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 123.

legal do ônus da prova, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos alterados³³.

No que tange à adequação do momento, este será abordado em momento oportuno do presente estudo. E, finalmente, no que tange à proibição de a redistribuição implicar em prova diabólica reversa, esta se verifica nos casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio sendo capaz de permitir tal demonstração. Nesta hipótese, o ônus da prova deve ser distribuído dinamicamente, visto que, buscando caso a caso, a solução mais atenta poderá estar de acordo com os princípios defendidos como abalizadores da teoria dinâmica³⁴.

Técnica, como esta, é a consagração do princípio da igualdade processual e do princípio da adequação. Visa-se ao equilíbrio das partes, na forma em que prevê o artigo 7º do Código de Processo Civil:

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Neste aspecto, haja vista que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem tratamento diferenciado, vez que as situações de direito material não são uniformes. Deste modo, como as questões de direito material são várias, deve-se procurar lógico-argumentativamente a justiça do caso concreto, o que afasta a tese de que a instituição da lei poderia controlar, por si só, o poder do juiz. Assim, o ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo. O processo deve, ainda, ser adequado às peculiaridades do caso, sempre que a regra geral se revelar com elas incompatível.

Conforme pontua Haroldo Lourenço, por força do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal não existe a opção pelo *non liquet*³⁵. Por outro lado, ao se adotar a teoria estática de distribuição do ônus da prova, tal ônus processual acaba por ser aplicado em casos de deficiência probatória, como uma regra de julgamento para os

³³ MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Jus Podvim, 2014, p. 202.

³⁴ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 108.

³⁵ A expressão "*non liquet*", de origem latina, significa aquilo que "não está claro", advinda do Direito Romano, que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava resposta para fazer o julgamento e, portanto, deixava de julgar.

processos onde não se atingiu uma suficiência probatória. Tal entendimento está vinculado ao que prevê o caput do artigo 373 do Código de Processo Civil.

O ordenamento processual é construído para o provimento judicial, ainda que na incerteza. Assim, se o autor não demonstrar o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguir provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, julga-se sem considerar eventuais dificuldades ou impossibilidades de o fato ser demonstrado em juízo.

A crítica que se faz, segundo o autor, é que a distribuição estática do ônus da prova, por si só, poderia inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados. Isto é, a regra clássica de distribuição do ônus da prova, vista isoladamente, não atende às especificidades dos casos concretos e do direito material, tratando estática e uniformemente situações diferentes, não estando de acordo com o moderno processo civil, o qual deve ser democrático, cooperativo e igualitário³⁶.

Ademais, destaca-se que Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart não distinguem a inversão do ônus da prova e dinamização do ônus probatório, tratando todas de modo indistinto. Para parte da doutrina, entretanto, a inversão do ônus da prova corresponde à distribuição fixada pelo legislador e, vicissitudes posteriores o levam à inversão. Já na dinamização do ônus da prova, o ônus nasce diante do direito material de forma diversa da preconizadas³⁷.

Insta ressaltar, por fim, que não se pode confundir a regra que se inverte com a regra que autoriza a inversão. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento³⁸

³⁶ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 30-33.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 266.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 123.

4.1 A Teoria da Distribuição Dinâmica

O parágrafo 1º do art. 373 do Código de Processo Civil consagrou a regra geral de inversão judicial do ônus da prova ou distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz, que pode ser aplicada de ofício em benefício de qualquer das partes, mas não pode ser aplicada para compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado.

Senão vejamos:

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

O Código de Processo Civil adotou a teoria da distribuição do ônus da prova, bem desenvolvida na Argentina, com Jorge W. Peyrano, conforme a seguir será exposto. Todavia, insta ressaltar que, no Brasil, a teoria já era amplamente discutida e desenvolvida antes mesmo da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, com a existência, inclusive, de precedentes judiciais que já a aplicavam, independentemente de texto normativo que a embasasse expressamente.

Conforme explica Haroldo Lourenço, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, e a similar teoria do princípio da solidariedade e cooperação, de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello, foi sistematizada na Argentina, no final do século XX, onde os autores passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova, com base nas circunstâncias do caso concreto, recaindo o ônus sobre a parte que possuir as melhores condições de produzi-la.

No caso paradigma, Haroldo Lourenço explica que a “Corte Suprema de Justicia de La Nación”, na Argentina, aplicou a mencionada teoria, impondo a um funcionário público a prova da legitimidade de seu enriquecimento, por entender que ele estaria em melhores condições do que o Estado de produzir a prova respectiva. Do mesmo modo, aplicou-se a teoria ao julgar caso envolvendo erro médico, impondo o ônus da prova quanto à adequação do procedimento utilizado durante a cirurgia ao

cirurgião e ao hospital, por entender que teriam melhores condições de produzir a prova, neste aspecto.

Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), os autores defendem que é necessário levar em consideração as circunstâncias do concreto para se atribuir o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo. O juiz, por seu turno, verificando haver uma violação ao dever das partes de cooperação e de solidariedade na apresentação das provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Isto posto, destaca-se que o objetivo da teoria da distribuição dinâmica é que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa³⁹.

Entretanto, encontram-se indícios da teoria dinâmica do ônus da prova já nos estudos de Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês, que defendia que “o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela parte que possa produzir com menos inconvenientes, ou seja, menos dilações, vexames e gastos” (apud) ⁴⁰. E há, ainda, quem sustente que a teoria dinâmica do ônus da prova foi exportada da doutrina espanhola para a Argentina.

Todavia, não restam dúvidas de que a consolidação da referida teoria se deu com o estudo de Peyrano na Argentina:

En tren de identificar la categoría de las cargas probatorias dinámicas, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva⁴¹.

Haroldo Lourenço sustenta que o processo não se resume a uma relação jurídica processual, mas a uma garantia do cidadão de obter uma tutela jurisdicional capaz de assegurar a satisfação das pretensões legítimas levadas a juízo. O contraditório não pode ser somente a possibilidade de oposição ou resistência, mas de influência; o direito e a possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda.

³⁹ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 95-96.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética de Direito Processual n. 31. São Paulo: Dialética, 2005, p. 13.

⁴¹ PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. Las responsabilidades profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno, Coordinación: Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992, p. 263.

A teoria estática de distribuição do ônus da prova poderia, por si só, inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados. Isto é, o processo tem caráter dinâmico, portanto todos os fenômenos processuais devem ser examinados sob um ponto de vista dinâmico⁴².

No que tange à nomenclatura da referida teoria e sua tradução para o português, Haroldo explica que a tradução correta seria, efetivamente, “teoria dinâmica do ônus da prova”, isso porque, em espanhol, “carga” corresponde ao conceito de ônus em português⁴³. A teoria é denominada “dinâmica” porque se contrapõe à noção estática de prova até então conhecida. Com base nesta teoria, há um dinamismo para que o sistema se adapte ao caso concreto, atendendo às circunstâncias especiais. A ideia é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-lo.

Haroldo aponta, ainda, que a teoria clássica como regra geral é plenamente válida, todavia, não se pode admitir esta como inflexível e em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta. Isto posto, não se nega a necessidade da existência de normas estáticas e abstratas, simplesmente se acrescenta a possibilidade de sua flexibilização⁴⁴.

Nesse sentido, Peyrano destaca:

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos⁴⁵.

Saliente-se que a teoria dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, prevê, antecipadamente, que nas relações de consumo, caso o autor seja hipossuficiente ou verossímil suas alegações, está dispensado da produção integral do fato constitutivo do direito que alega ter,

⁴² LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 88.

⁴³ Ibid., p. 97.

⁴⁴ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 85.

⁴⁵ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. Cargas probatórias dinámicas. 1ª ed. Coordenação: Inés Lépori. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-20.

sendo direcionado ao réu tal ônus de provar que o fato inexistiu. Já a teoria dinâmica independe de relação de consumo e não há efetiva inversão. Isto é, o juiz não determina uma “troca de ônus”, vez que não existe ônus subjetivo previamente estabelecido, o que ocorre é a determinação de quem deve produzir determinada prova, observadas as peculiaridades do caso concreto⁴⁶.

De fato, conforme expõe Cambi, não há, na distribuição dinâmica do ônus da prova, uma inversão nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente, mas não é o que acontece com a técnica dinâmica, porquanto o magistrado se vale das peculiaridades do caso concreto e, com base nas máximas de experiência, irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e demandado⁴⁷.

Nesta toada, pelo Código de Defesa do Consumidor, foi conferido ao magistrado poderes para que pudesse, dentro dos critérios de verossimilhança ou hipossuficiência, inverter o ônus da prova. Já com a distribuição dinâmica, visando uma maior efetividade do direito lesado, o ônus da prova incumbirá à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade de demonstração⁴⁸.

Quanto aos pressupostos materiais para aplicação da teoria dinâmica, Didier estabelece que o juiz deve verificar a ocorrência, não concomitante, dos seguintes pressupostos: a impossibilidade de se cumprir o encargo atribuído ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

O primeiro pressuposto está intimamente associado à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, consistente na produção de prova diabólica. Neste caso, por consequência lógica, somente poderá ser modificado o ônus probatório se a prova em que a parte tem dificuldade em produzir possa ser trazida pela parte contrária. Deste modo, cumpre ressaltar que, quando se modifica o ônus, deve-se supor que a parte que irá assumi-lo tenha a possibilidade de cumpri-lo. Nesta perspectiva, a modificação do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo, ou quando o autor tem condições de fazer a prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo.

⁴⁶ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 98-99.

⁴⁷ CAMBI, Eduardo. A prova civil, admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 340.

⁴⁸ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 99.

Já com relação ao segundo pressuposto, a redistribuição ocorre quando, à luz do caso concreto, verifica-se que a obtenção da prova do fato contrário pode ser mais facilmente obtida por uma parte em relação a outra, concretizando a ideia de que o ônus deve recair sobre aquele que, no caso concreto, possa mais facilmente dele se desincumbir⁴⁹.

Neste aspecto, cita-se:

A melhor condição de produzir provas é o fato a ser objeto de prova. Trata-se, porém, de fato que pode ser presumido pela natureza da causa ou aferido a partir de declarações e documentos constantes dos autos. Entretanto, existem situações em que tal fato terá de ser demonstrado pela parte cuja carga probatória se reduzirá⁵⁰.

Ressalta-se que quem está em melhores condições de produzir a prova é aquele que ocupa uma posição privilegiada em relação ao material probatório, quando comparado à parte contrária, estando em melhor posição para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua ao ponto de se atribuir o ônus da prova que, segundo as regras clássicas, não teria⁵¹. A proposta consiste em facilitar a acessibilidade do litigante à prova, possibilitando que a prova seja produzida e contribua para o esclarecimento dos fatos e convencimento do magistrado.

Conforme expõe Marinoni, a maior facilidade na obtenção da prova por um ou outro sujeito processual está associado ao conceito de economia processual, alinhado ao estudo de Jeremy Bentham. Isto é, se a prova é mais facilmente acessível a uma das partes, não há razão para atribuir-se à outra a tarefa de trazê-la ao processo e correr o risco da sua não aquisição nos autos. Assim, para esta hipótese, entende-se que a ausência de determinada conduta, que é esperada pela parte, reflita em seu prejuízo.

O autor ainda destaca que a modificação do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, a prova da inexistência do fato constitutivo

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 128.

⁵⁰ BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas. In: “Cargas probatórias dinâmicas”. PERYANO, Jorge W. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004, p. 102-104.

⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética de Direito Processual n. 31. São Paulo: Dialética, 2005, p. 14.

do direito do autor. O mesmo se aplica, em vice-versa, quanto aos fatos extintivos, modificativos e impeditivos em relação ao réu.

Nos casos de produção de prova árdua para ambas as partes, é inviável a inversão do ônus probatório, vez que ela implicaria a transferência de uma situação insuperável de uma parte para a outra. Em regra, o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, com isso, julgar com base na regra prevista no *caput* do artigo 373 do Código de Processo Civil, em caso de dúvida. Porém, situações específicas de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Nestes casos, ainda que as partes possam produzir provas, o próprio direito material demonstra que o processo não pode exigir mais do que uma convicção de verossimilhança⁵².

Para ilustrar a aplicação prática da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, menciona-se as ações de responsabilidade civil contra médicos em cirurgias, hipótese em que o médico terá maiores condições de demonstrar a regularidade ou não de sua atuação profissional.

No Brasil, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova ganhou especial destaque, justamente, em processo envolvendo responsabilidade civil de profissional liberal (médico), quando do julgamento do Recurso Especial 69.309/SC pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 18 de junho de 1996, sob a relatoria do Ministro Ruy Rosado. No referido caso, ficou consignada a necessidade de o profissional liberal esclarecer os fatos da causa, pois nenhuma das outras partes teria como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica.

Embora os casos envolvendo erros médicos e profissionais liberais sejam precursores da referida teoria, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu a aplicação da teoria dinâmica em ações civis públicas por danos ambientais⁵³, na tutela do idoso⁵⁴ e, até mesmo, em execuções fiscais – na hipótese de dissolução da sociedade empresária.

Neste condão, verifica-se que o entendimento jurisprudencial foi no sentido de recair o ônus sobre quem tenha melhores condições de produzir a prova.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 267.

⁵³ Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.060.753/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 01 de dezembro de 2009.

⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso em Mandado de Segurança nº 38.025/BA, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgado em 26 de novembro de 2013.

Posicionamento, como este, decorre da releitura de princípios constitucionais, dentre eles a concretização do acesso à justiça. Sendo assim, cabe a parte jurisdicionada, não apenas a previsão do direito material, mas também a possibilidade de provar que sua alegação merece ser acolhida⁵⁵.

Ato contínuo, é possível depreender, em simples comparação entre os sistemas de distribuição do ônus da prova previstos no Código de Processo Civil de 1973 e no de 2015, que a regra de distribuição estática não estava mais atendendo a uma parcela significativa dos jurisdicionados, por não possuírem, estes, paridade de armas para ter deferida a sua pretensão, prejudicando a efetiva prestação jurisdicional.

Assim, mitigando-se o sistema estático, mediante busca de novas alternativas na doutrina (destaca-se novamente o estudo de Jorge W. Peyrano), tem-se que a construção da jurisprudência foi decisiva por inaugurar nova fase da análise probatória processual, que corroborou com a positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015.

4.2 Momento de Aplicação

Pela lógica do Código de Processo Civil de 2015, sempre que o juiz entender por modificar o regime do ônus probatório, deve fazê-lo no curso do processo, concedendo à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, de forma a permitir que as partes produzam a prova correspondente.

Neste condão, Marinoni destaca que é importante que as partes saibam com antecedência a quem incumbe o ônus da prova. Isto é, ainda que a omissão da parte não implique em seu prejuízo, é evidente que a parte deve ter ciência prévia daquilo que lhe cabe fazer para estar em posição de receber um julgamento favorável, independentemente de outras provas produzidas⁵⁶.

⁵⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. Revista do Processo, São Paulo, 2015, n. 240, p. 47.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 261.

Do mesmo modo, Haroldo Lourenço entende que a participação das partes no processo para a formação da decisão constitui uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais. À parte deve se assegurar não somente o contraditório em um aspecto formal, mas substancial, efetivo, capaz de abrir a possibilidade de influenciar na construção do provimento jurisdicional.

A partir deste entendimento, pode-se afirmar que, partindo-se de uma distribuição prévia do ônus probatório, sem qualquer consideração com a dificuldade ou a impossibilidade da alegação ser demonstrada em juízo, não se assegura aos interessados o direito de participar da elaboração do provimento jurisdicional, sancionando-se um exercício ilegítimo da função jurisdicional, portanto, inconstitucional e antidemocrático⁵⁷.

Segundo Flávio Yershell, o juiz deve redistribuir o ônus da prova antes de proferir a decisão, de modo que a parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Exigência, como esta, prestigia a dimensão subjetiva do ônus da prova e concretiza o princípio do contraditório. Nesse mesmo sentido, ressalva-se que o processo cooperativo exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para se desincumbir do novo ônus a ela imposto⁵⁸.

Assim, para garantir o contraditório, a ampla defesa e considerando que a dinamização do ônus da prova é excepcional e que depende de decisão judicial fundamentada, seja esta de ofício ou a requerimento das partes, o inciso III do artigo 357 do Código de Processo Civil prevê que o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, deverá definir a distribuição do ônus da prova, observado o disposto no artigo 373 do mesmo diploma legal, sendo as partes devidamente intimadas da decisão.

O Código de Processo Civil de 2015 prestigiou, portanto, a garantia de que a parte se desincumba do seu ônus, ao estabelecer a dinamização antes da instrução processual, em observância aos princípios do contraditório e da não surpresa.

Evidente que a decisão que dinamiza o ônus da prova sofre os efeitos da preclusão, de modo que com o silêncio das partes a decisão deverá se estabilizar, cabendo à parte apenas se desincumbir do ônus que lhe cabe.

⁵⁷ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 66-67.

⁵⁸ YERSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 93.

Entretanto, caso a parte não concorde com a dinamização do ônus da prova, é cabível o recurso de agravo de instrumento da decisão interlocutória que versar sobre redistribuição do ônus da prova nos termos do parágrafo primeiro do artigo 373 do Código de Processo Civil, consoante previsão expressa no inciso XI do rol do artigo 1.015 do referido diploma legal.

Finalmente, destaca-se a possibilidade de o magistrado designar audiência específica para saneamento do processo em cooperação com as partes se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, na forma de como prevê o parágrafo terceiro do artigo 357 do Códex. Neste caso, o juiz convidará as partes para integrarem ou esclarecerem suas alegações, o que facilitará a fixação dos pontos controvertidos, a averiguação das provas a serem produzidas e, sobretudo, da atribuição do ônus da prova.

4.3 A Teoria Dinâmica e o Princípio da Cooperação

O art. 6º do Código de Processo Civil afirma que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O princípio da cooperação implica aos sujeitos do processo um verdadeiro trabalho em conjunto, a fim de que o processo progrida sem interferências desnecessárias, com a maior celeridade possível, com lealdade e boa-fé, obedecendo os procedimentos previstos em lei.

Neste condão, Medina e Wambier pontuam:

O dever de cooperação traduz-se em uma série de condutas impostas às partes, ao órgão jurisdicional e a terceiros, que devem colaborar entre si para que o processo alcance seu objetivo em um prazo razoável. A participação das partes no sentido de cooperar para o cumprimento das decisões judiciais, sob esta perspectiva, não pode ser considerada mera faculdade ou ônus. As partes têm o dever de cooperar, sendo também responsáveis pelos resultados do processo⁵⁹.

⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento. V. 1. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 58.

Insta destacar que a imposição do dever de cooperação é aplicável a todos os sujeitos envolvidos na relação processual, sejam partes, peritos, advogados e julgadores. Todos devem trabalhar conjuntamente para que o processo siga de forma ordenada e sem entraves, embora as partes e o juiz sejam os sujeitos mais atuantes no processo, motivo pelo qual a discussão se pauta primordialmente neles.

Segundo Didier, o princípio da cooperação orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras. Neste condão, princípio da colaboração processual, impõe ao magistrado os deveres de esclarecimento, consulta e prevenção⁶⁰. De igual modo, ao se afirmar que as partes possuem o dever de lealdade, boa-fé e veracidade, e que cabe ao juiz assegurar o tratamento isonômico entre as partes, exigindo a litigância de boa-fé, significa apontar que o magistrado não pode ser estático⁶¹.

Nesta toada, juntamente com os referidos deveres, as partes em relação ao juiz, são colaboradores necessários, cada um dos litigantes age conforme seu interesse, mas, a ação combinada das partes, serve à justiça na eliminação do conflito que os envolve⁶².

Didier afirma ser utópico imaginar que se possa, com o processo, atingir a verdade real sobre determinado acontecimento. Isso porque, costuma-se afirmar que o processo não se presta à busca da verdade, uma vez que a verdade real é inatingível, está além da justiça, além de existirem outros valores que orientam o processo, como a segurança e a efetividade, afinal, o processo precisa acabar⁶³.

De igual modo, Sérgio Arenhart assegura:

O juiz não é, mais do que qualquer outro, capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado; o máximo que se lhe pode exigir é que a valoração que há de fazer das provas carreadas aos autos sobre o fato a ser investigado não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas⁶⁴.

⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. O princípio da colaboração: uma apresentação. Revista de Processo, v. 127, 2005, p. 76.

⁶¹ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 103-104.

⁶² GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. Teoria geral do processo. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 145 – 148.

⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. “A verdade substancial”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, n. 3, 1996, p. 688.

Toda discussão sobre verdade deve ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e a validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação.

Entretanto, Didier entende que a verdade há sim de ser buscada no processo, porquanto o processo constitui um método de investigação de problemas, mediante participação em contraditório das partes e cooperação de todos os sujeitos envolvidos. A cooperação deve ter por objetivo, justamente, o alcance da verdade como premissa para uma resolução justa do conflito posto, observadas as limitações do devido processo legal⁶⁵. Esta é uma premissa ética que deve nortear a conduta dos sujeitos processuais.

Evidente que a cooperação das partes deve ser direcionada ao processo, sua efetividade, regras de desenvolvimento e relacionamento entre as partes. Não se busca uma imposição de colaborar com a parte contrária, no sentido de fazer prova contra si ou intervir negativamente no seu direito material, até porque ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

O artigo 5º do Código de Processo Civil consagrou a boa-fé como uma norma fundamental do processo civil, pontuando que *“aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”*. Nesse sentido, nota-se que o referido dispositivo instituiu um processo cooperativo, juntamente com o artigo 6º, em que não se tolera posturas intransigentes no que se refere ao ônus probatório.

O princípio da boa-fé é a fonte do princípio da cooperação, impondo deveres de cooperação entre os sujeitos do processo e, mesmo se não houvesse expressa previsão na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais, como o princípio da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do devido processo legal, entre outros.

No processo cooperativo, destaca-se que o contraditório é redimensionado, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, não mais como um mero espectador do duelo entre as partes, justamente para aprimorar a decisão judicial. Não se pretende afastar o princípio dispositivo, a inércia da jurisdição e a imparcialidade, mas trazer à jurisdição poderes de decidir mais efetivos.

⁶⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 48.

Ocorre que, na visão moderna do Estado Social, não pode o magistrado ficar adstrito às alegações trazidas pelas partes e suas respectivas provas. A prova não é somente a maneira de atestar as alegações das partes, mas deve ser vista como uma maneira de legitimar a coisa julgada e assim alcançar uma verdadeira paz social. A prova é instrumento do processo, que é um instrumento para a satisfação do direito material, contribuindo de modo fundamental ao convencimento do magistrado, proporcionando uma ordem jurídica justa⁶⁶.

A prova não se limita a um direito no campo processual. É também um dever, alinhado aos deveres de lealdade e boa-fé processuais. Este dever é um reflexo dos direitos fundamentais processuais, em particular, do acesso à justiça e da ampla defesa. Deste modo, Marinoni conclui que o dever de colaboração probatória é o desdobramento infraconstitucional de imposições que já são, antes abraçados pela Constituição Federal⁶⁷.

Neste aspecto, sob à luz do princípio da cooperação, do qual se extrai a teoria dinâmica do ônus da prova, a prova deve ser produzida pela parte que detém o comando dos dados e informações relevantes para o deslinde do litígio.

A respeito do tema, anotam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Não há óbice constitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma relação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, vem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes, a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo. A dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem a maior facilidade probatória⁶⁸.

⁶⁶ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 43.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 253.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil Comentado / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – Editora RT, 1 ed., 2015, p. 395-396.

Ademais, saliente-se que a interferência do magistrado na fase probatória não o torna parcial, pelo contrário, segundo Marinoni e Arenhart, diante da efetividade da tutela dos direitos, a inércia do juiz, ou abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual⁶⁹. É o que a seguir será demonstrado.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, t. I, v. V, 2000, p. 192.

5 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO

A doutrina clássica preza pela teoria de distribuição estática do ônus, aplicada como regra única pelo Código de Processo Civil de 1973. Ela decorre do princípio do dispositivo, pelo qual a indicação e a produção de provas constitui tarefa das partes, devendo o juiz apenas recebê-las, como legítimo destinatário, e julgar *secundum allegata et probata* (segundo alegado e provado pelas partes)⁷⁰.

Seguindo a tendência das legislações e doutrinas modernas, prevalece a ideia de se atribuir um papel ativo ao juiz na direção do processo, deferindo-lhe ampla iniciativa de verificação dos fatos relevantes para o processo, nos limites do pedido e causa de pedir⁷¹. Nesse sentido e conforme demonstrado, o Código de Processo Civil de 2015, em que pese ter mantido como regra geral a distribuição estática do ônus da prova, incluiu a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus, e possibilitou ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinação das provas necessárias ao julgamento do mérito, na forma do que prevê o artigo 370 do referido diploma legal.

Isto posto, nota-se que o juiz tem o poder, quando os fatos ainda não lhe parecerem esclarecidos, de determinar a produção de prova de ofício, independentemente de requerimento da parte. O juiz, portanto, tem o dever de esclarecer as alegações de fatos relevantes da causa, aplicando o artigo 370 e, após, se ainda remanescer a dúvida acerca desses fatos, julgar com base na regra do ônus da prova.

Conforme assegurado por Jeremías Bentham, “*a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas*”⁷². Neste aspecto, destaca-se que a concepção clássica da doutrina aduz que a finalidade da prova é propiciar o convencimento do juiz, por ser o principal destinatário da prova. Entretanto, Dinamarco defende, assim como Didier, que as partes também são destinatárias da prova, tal como o juiz, destinatárias diretas, visto que o resultado da atividade

⁷⁰ LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. Revista de Processo, São Paulo, n. 11/12, 1978, p. 151.

⁷¹ CABRAL, Érico de Pina. Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor / Érico de Pina Cabral. – São Paulo: Método, 2008, p. 120.

⁷² BENTHAM, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, v. 1, 1971, p. 10.

probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado.

Segundo Didier, é imprescindível a análise do papel das partes e do juiz, além dos poderes atribuídos a cada um, no estudo da atividade probatória. Historicamente, a doutrina cogita os modelos: adversarial e inquisitorial. O modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. No modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo. Por sua vez, o modelo inquisitorial se organiza como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo; prevalecendo o princípio inquisitivo.

Do mesmo modo, a distribuição das funções probatórias entre as partes e o juiz costuma tomar por base essa mesma compreensão dos modelos de organização do processo. No sistema adversarial ou dispositivo, tradicional nos países anglo-saxônicos (*common law*), incumbe às partes a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações, oportunidade em que se nota uma postura de neutralidade e passividade do magistrado, responsável por proferir a sentença. Já no sistema inquisitorial, comum nos países da Europa e América Latina (*civil law*), são atribuídos maiores poderes ao juiz, de direção e condução do processo, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução e busca de provas necessárias para a demonstração dos fatos⁷³.

Haroldo Lourenço, por seu turno, destaca que no modelo adversarial, o processo assume a forma de uma competição, havendo um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, com a função de decidir quem venceu. Já no modelo inquisitorial, há uma posição relativamente ativa do juiz, sendo o órgão jurisdicional um protagonista no processo⁷⁴.

Conforme assegura Didier, apesar da constatação de algumas resistências, pode-se dizer que o nosso ordenamento, por intermédio do artigo 370 do Código de Processo Civil, conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo. Esta é uma opção política com

⁷³ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 82-83.

⁷⁴ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 90.

raízes históricas antigas⁷⁵. Entretanto, a valorização do modelo inquisitorial, terminou por inflar exageradamente a função do juiz no processo. Neste contexto, surgiu uma doutrina denominada de garantismo processual, ou neoprivatismo processual, no Brasil.

Segundo Adolfo Alvarado Velloso, o garantismo processual entende que os juízes, comprometidos apenas com a lei, declarem a certeza das relações jurídicas conflitivas através da outorga do direito de defesa a todos os interessados, resguardando a igualdade processual com uma imparcialidade funcional para, assim, fazer plenamente efetiva a tutela legal de todos os direitos⁷⁶.

Neste condão, vem se consolidando o entendimento de que, ao lado do modelo inquisitorial e adversativo, existe um terceiro modelo, o cooperativo. Este baseia-se no princípio da cooperação, caracterizado pelo redimensionamento do princípio do contraditório, conforme anteriormente demonstrado.

Assim, a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes, mas também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaque para qualquer dos sujeitos processuais (ou com destaque para todos eles). O modelo de processo com base na cooperação surge, portanto, a partir do equilíbrio dos modelos inquisitivo e dispositivo.

Segundo Didier, a melhor interpretação que se pode dar ao artigo 370 do Código de Processo Civil, é a que privilegia a atividade probatória atribuída às partes e ao juiz, cabe, uma atividade complementar. Isto é, uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir dúvida quanto à determinada questão de fato relevante para julgamento, o juiz estaria autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Embora não seja finalidade do processo revelar a verdade, constitui imposição ética buscá-la, a fim de que a decisão seja a mais justa possível⁷⁷.

O poder instrutório do magistrado, no tocante à iniciativa probatória, incorpora e coordena o princípio do contraditório, no sentido da mitigação da desigualdade entre

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015, p. 85.

⁷⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado. “O garantismo processual”. *Ativismo judicial e garantismo procesual*. Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora Jus Podvim, 2013, p. 29.

⁷⁷ DIDIER JR., Fredie. Op. Cit., p. 90.

as partes, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, conforme prevê o inciso VI do artigo 139 do Código de Processo Civil. Neste aspecto, impor ao juiz a condição de mero espectador do processo, atribuindo às partes o exclusivo ônus de produzir prova, constituiu grave petição de princípios. Isso porque, se o processo existe para a tutela de direitos, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios, para que bem possa cumprir a sua tarefa.

É certo que o artigo 370 do Código de Processo Civil conferiu ao magistrado amplos poderes instrutórios, adotando um sistema inquisitorial. Nesta toada, o juiz, ao perceber que determinada parte possui melhores condições de produzir determinada prova, deve anunciar expressamente, apontando para ela o ônus de produzi-la, indicando quais fatos devem ser produzidos, justamente por ter melhores condições para tanto. Ademais, verifica-se que a tendência é justamente ampliar e reforçar os poderes do juiz, para o fim de se atingir uma maior participação ativa dos magistrados na produção probatória⁷⁸.

Ampliação dos poderes instrutórios pode ser observada com base na análise comparativa dos artigos 125 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015. Com base no Código revogado, competia ao juiz, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento, velar pela rápida solução do litígio, prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça e tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

O Código vigente, por seu turno, ampliou o rol da iniciativa instrutória do magistrado. O legislador acrescentou a possibilidade de o juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; a dilação dos prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; o exercício do poder de polícia; a possibilidade de o magistrado determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa; bem como o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais. Mudança, como esta, atende ao modelo cooperativo de processo civil, conforme já mencionado,

⁷⁸ LOURENÇO, Haroldo. Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC / Haroldo Lourenço. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 91.

próprio do Estado Constitucional, que deve ser paritário no diálogo e assimétrico na decisão da causa⁷⁹.

Esta ampliação de poderes tem o objetivo de tornar o processo mais eficiente, mudando um pouco a imagem do juiz inerte e alheio à realidade dos fatos e da sua inserção social enquanto agente estatal. Por óbvio, arbitrariedades serão evitadas, diante da exigência de fundamentação das decisões judiciais, conforme prevê o parágrafo 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, a participação do juiz na produção da prova contribui sobremaneira para proporcionar uma real igualdade entre as partes do processo, desde que se preserve o contraditório efetivo e equilibrado, não há o que se falar em comprometimento da imparcialidade do juiz no que toca à sua participação mais ativa⁸⁰.

O grau de discricionariedade do juiz para determinar o que é ou necessário não é ilimitado, de modo que a liberdade que o juiz possui para formar seu livre convencimento não é irrestrita, sob pena da submissão das partes no processo virar sinônimo de arbítrio⁸¹. Todavia, conforme pontua Sidney da Silva Braga, a iniciativa probatória do juiz deve ser a mais ampla possível, desde que respeitados os seguintes limites: o objeto do processo, o contraditório, a fundamentação da decisão que determina a produção da prova, a vedação das provas ilícitas e o caráter relativo da verdade processual, à medida que sua busca seja equilibrada pelas noções de celeridade e viabilidade econômica do processo⁸².

Assim, evidente que a ampliação dos poderes instrutórios garante que se extraia toda a potencialidade para a justa solução do caso concreto, afastando normas estáticas, construindo o Direito em conformidade com suas peculiaridades, sempre respeitando o contraditório. Comando como este, visa, justamente, a expansão de uma realidade que, atualmente, só é sentida em casos bastante específicos, tais como o da inversão do ônus da prova nas demandas de consumo⁸³.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. O projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010, p. 87.

⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

⁸¹ CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 155.

⁸² BRAGA, Sidney da Silva. Iniciativa probatória do juiz no processo civil / Sidney da Silva Braga. – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100-101.

⁸³ LOURENÇO, Haroldo. Op. Cit., p. 93.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou validar o instituto da prova como um direito fundamental, capaz de servir como instrumento para a legitimação do exercício do poder jurisdicional e ser uma fonte de aperfeiçoamento democrático na busca por melhores decisões. Do mesmo modo, buscou-se demonstrar a importância da delimitação do ônus da prova, como o encargo que se atribui a um sujeito, para facilitar a compreensão do fenômeno probatório a partir dos direitos processuais públicos subjetivos, a fim de que o processo cumpra com sua missão de proporcionar a tutela jurisdicional efetiva aos que buscam o amparo estatal. Ainda, a presente pesquisa destacou o estudo da distribuição do ônus da prova, com especial enfoque à teoria de distribuição dinâmica, e expressou a importância da correta aplicação da norma inserida no ordenamento jurídico.

Conforme demonstrado, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, restou positivada a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, consagrando-se um Processo Civil cooperativo e participativo, com incentivo aos poderes dos magistrados e a uma maior liberdade instrutória.

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica, quando previstos os requisitos legais para tanto, visa garantir àquela parte que não teria condições de produzir determinada prova, seja desonerada, redistribuindo o ônus para aquela que tenha melhores condições de fazê-lo. Intervenção, como esta, assegura um maior acesso à justiça, além de buscar a igualdade material entre os jurisdicionados e a tão almejada efetividade processual.

Neste aspecto, considerando que a aplicação da teoria de distribuição dinâmica depende de análise casuística, de processo a processo, a participação cooperativa é efetivamente essencial. Por óbvio, acreditar que as partes demonstrarão conduta cooperativa e participativa, voluntariamente, é um pensamento excessivamente otimista. Assim, é extremamente necessário que o magistrado observe e detecte qual das partes tem melhor condição de produzir determinada prova e provocar a cooperação daqueles que, sob determinadas circunstâncias, não teriam interesse em fazê-lo. Até porque, evidente que a lei processual não pode abrir espaços para estratégias de atuação que ponham a parte contrária em situações desfavoráveis.

Justamente em observância à ampliação dos poderes instrutórios do magistrado, que lhe incumbe a análise pormenorizada do caso concreto no que tange à produção probatória, ao ônus das partes e as condições de cada parte em produzir determinada prova. A luz desta teoria, espera-se uma postura mais ativa do juiz preocupado com a busca pela verdade do processo. Postura, esta, que evidentemente está limitada ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Insta destacar que não é objeto do presente estudo tecer severas críticas à teoria estática de distribuição do ônus da prova. Pelo contrário, a regra clássica é necessária, uma vez que ressalta que quem alega um determinado fato tem melhores condições de prová-lo. Contudo, tal entendimento não pode e não deve ser absoluto, eis que a parte contrária a que alegou pode ter melhores condições de provar. O que se espera a partir de tais conceitos, portanto, é que se admita a relativização do sistema estático, visto que com isso o que se espera é a isonomia processual das partes, uma sentença mais justa e uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Em síntese, para aplicação da teoria dinâmica, os magistrados deverão investigar quais são as alegações fáticas centrais à causa, qual é a parte mais propensa a comprovar tais fatos em juízo, direcionar à parte mais apta o ônus da prova de determinada alegação – relatar, em decisão fundamentada e de modo específico, o ônus que recairá sobre cada parte –, sem implicar prova diabólica para a parte detentora do ônus.

De igual modo, a presente pesquisa objetivou demonstrar a necessidade de uma mudança de postura das partes no sentido de que estas passem a colaborar na busca pela verdade real, observando-se os princípios processuais da solidariedade, da cooperação, da lealdade processual, da veracidade e da boa-fé.

Finalmente, oportuno destacar que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a exigir muito mais do Poder Judiciário e, justamente para que não fracasse a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, prevista no parágrafo primeiro do artigo 373 do referido diploma legal, faz-se necessária a propagação dos estudos relativos ao emprego prático da referida teoria, além do incentivo para aplicação do cooperativismo processual. Deste modo, o processo participativo não se tornará algo tão distante e a efetiva prestação de uma tutela jurisdicional adequada e justa se revelará presente.

7 REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, n. 3, 1996.

BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas. In: **Cargas probatórias dinâmicas**. PERYANO, Jorge W. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad.). Buenos Aires: Valletta Ediciones Jurídicas Europa-América, v. 1, 1971.

BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil** / Sidney da Silva Braga. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei 13.105 promulgada em 16 de março de 2015.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor** / Érico de Pina Cabral. – São Paulo: Método, 2008.

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

CAMBI, Eduardo. **A prova civil, admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001.

CAMBI, Eduardo. O Direito à Prova no Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 34, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, v. 1, 2004.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação**

dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podvim, v. 2, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da colaboração: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 127, 2005.

DINAMARCO. Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, v. 2, 2003.

GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. **Teoria geral do processo**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOPES, João Batista. O ônus da prova no processo penal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 11/12, 1978.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC** / Haroldo Lourenço. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, t. I, v. V, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil Comentado** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – Editora RT, 1 ed., 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum, volume II** / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento**. V. 1. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **As presunções e a prova**. Temas de Direito Processual (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8. Ed. São Paulo: RT, 2004.

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

PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. Las responsabilidades profesionales** – Libro al Dr. Luis O. Andorno, Coordenação: Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992.

PEYRANO, Jorge W. **Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas.** Cargas probatórias dinâmicas. 1ª ed. Coordenação: Inés Lépori. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista do Processo**, São Paulo, n. 240, 2015.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. O garantismo processual. In: **Ativismo judicial e garantismo procesual.** Fredie Didier Jr., José Renato Nalini, Glauco Gumerato Ramos e Wilson Levy. Salvador: Editora Jus Podvim, 2013.

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