

**Farejador de Plágio - Registrado para NUCLEO DE ESTUDOS
E PESQUISAS
FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Juliana Gervasoni Santos

Presidente Prudente/SP

2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Juliana Gervasoni Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em
[{ad.adserverplus.com/st?ad_type=ad&ad_size=300x250§ion=3726541&pub_url={PUB_URL}}](#)
[{ad.adserverplus.com/st?ad_type=ad&ad_size=300x250§ion=3726541&pub_url={PUB_URL}}](#) Direito, sob orientação da Professora Natacha Ferreira Nagáo Pires.

PRESIDENTE PRUDENTE - SP

2013

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Monografia aprovada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

NATACHA FERREIRA NAGÃO PIRES

FABIANA JUNQUEIRA TAMAOKI

HEVELINE SANCHES MARQUES

Presidente Prudente, 24 de maio de 2013.

Não; não pares.

É graça divina começar bem.

Graça maior ainda, persistir na caminhada certa,

manter o ritmo...

Mas a graça das graças é não desistir.

Podendo ou não podendo, caindo, embora aos pedaços,

CHEGAR AO FIM...!

(Dom Hélder Câmara)

Desempenhem sua função com o temor de Deus, dentro da
verdade e de coração íntegro.

2 Crônicas 19, 9.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu criador, sem o qual nada disso seria possível.

Agradeço aos meus pais Vande e Rose, e às minhas irmãs Isa e Paulinha, os pilares da minha vida, por todo o amor e força dedicados durante esses anos de estudo.

Agradeço ao meu namorado Fernando, meu porto seguro, que sempre acreditou na realização dos meus sonhos, nunca me deixando desistir.

Agradeço aos meus colegas graduandos pelo simples fato de tê-los comigo durante todos esses anos.

Agradeço ao Dr. Gabriel Medeiros pela atenção e ensinamentos recebidos.

Agradeço à minha orientadora Natacha Ferreira Nagáo Pires, pela sua dedicação e paciência em me acompanhar durante essa fase de conquista em minha vida.

Agradeço à professora Fabiana Tamaoki e à advogada Heveline Sanches por terem aceitado compor a minha banca e fazer parte dessa etapa tão importante para meu crescimento.

RESUMO

O presente trabalho teve como escopo analisar as regras de distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro sob o enfoque da teoria da distribuição dinâmica, que ainda não está prevista legalmente, mas que já vem ganhando intensa repercussão no mundo jurídico, principalmente na doutrina e jurisprudência. O Código de Processo Civil, em seu art. 333, prevê uma regra estática de distribuição {albuquerquefael.blogspot.com.br/2010/03/tematica-i-direito-probatorio-parte-i.html} {www.ambito-juridico.com.br/site/index.php%3fn_link=revista_artigos_leitura%26artigo_id=2981} {www.infoescola.com/direito/onus-da-prova/} {jusvi.com/artigos/27730/2} {br.monografias.com/trabalhos912/a-teoria-dinamica/a-teoria-dinamica2.shtml} {jus.com.br/revista/texto/10264/a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro} probatória, por meio da qual, o encargo do ônus será atribuído conforme o polo em que as partes ocupam no processo e levando em conta a natureza do direito a ser provado. No entanto, aludida diretriz muitas vezes pode levar a situações duvidosas a respeito dos fatos ou incertezas advindas por ausência de prova, nas hipóteses em que a parte não possui condições de embasar suas alegações por hipossuficiência técnica, {www.ambito-juridico.com.br/site/%3fn_link=revista_artigos_leitura%26artigo_id=2214%26revista_caderno=10} {www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO.htm} econômica ou fática. Nessas situações prevê-se a possibilidade de alteração das regras rígidas previstas na lei, aplicada pelo magistrado, dando interpretação extensiva ao art. 130 do Código de Processo Civil, que diante do caso concreto, analisando as circunstâncias e peculiaridades dos fatos, poderá redistribuir o {ad.adserverplus.com/st?ad_type=ad&ad_size=300x250§ion=3726541&pub_url=\${PUB_URL}} {www.marica.com.br/2007/1206drdaniel.htm} {jus.com.br/revista/texto/17210/inversao-do-onus-probatorio-prevista-no-artigo-6-inciso-viii-do-codigo-de-defesa-do-consumidor} {www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731142937.pdf} {www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO.htm} ônus à parte que tiver melhor condição de produzi-lo. Porém, {jusvi.com/artigos/27730/2} {jus.com.br/revista/texto/4986/o-onus-da-prova-e-sua-inversao-no-codigo-de-defesa-do-consumidor} {www.centraljuridica.com/jurisprudencia/t/82/onus_da_prova.html} {br.monografias.com/trabalhos912/a-teoria-dinamica/a-teoria-dinamica2.shtml} {www.webartigos.com/artigos/o-onus-da-prova-no-processo-do-trabalho/44906/} essa modificação não tem o fim de extirpar as regras já pré-estabelecidas, mas tão somente complementá-las em caso de insuficiência. Este trabalho também busca enfatizar a importância normativa da Constituição Federal, que traz as bases de fundamentação desta teoria, por meio dos princípios do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, igualdade e acesso à justiça. Também o Código de Processo Civil consagra os princípios da solidariedade, cooperação, lealdade, veracidade e boa-fé que devem prevalecer na instrução processual e que dão ensejo à relativização das regras legais, com o intuito de privilegiar a verdade. Por fim, o Código de Defesa do Consumidor foi um dos pioneiros a veicular referida teoria, ao

estabelecer em seu art. 6º, inciso VIII, a inversão do ônus da prova *ope iudicis*, ou seja, pelo magistrado, que poderá, ante a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO.htm www.gostodeler.com.br/materia/13032/inversao_do_onus_da_prova_no_direito_do_consumidor.html alegações, inverter o ônus da prova para consagrar o direito probatório do consumidor. Assim, pretende-se demonstrar a importância da atividade participativa do magistrado durante a instrução probatória, para o fim de se alcançar a verdade dos fatos e garantir à sociedade uma resposta justa, adequada e efetiva, sem desprezar os princípios constitucionalmente tutelados. Para alcançar os objetivos deste trabalho foram utilizados os métodos dedutivo e histórico, bem como foram desenvolvidas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Prova. Ônus da Prova. Princípios Processuais. Inversão do Ônus. Código de Defesa do Consumidor. Distribuição Dinâmica. Hipossuficiência.

ABSTRACT

This work aims to analyze the scope the rules of distribution concerning the burden of proof in the Brazilian civil procedure under the focus of the theory of dynamic distribution, which is not yet legally provided, but has been gaining intense impact on the legal world, especially in doctrine and jurisprudence. The code of civil procedure, art. 333, provides a static rule conclusive distribution, in a way that, the cost of the charge will be assigned as the polo in the parties occupy in the process and taking into account the nature of the right to be proven. However, the aforementioned guideline can often lead to dubious situations regarding facts or uncertainties arising for lack of proof, in cases which the party does not have a way to support their claims by technical, economic or factual weaker position. In these situations it is anticipated the possibility of changing the strict rules described by law, applied by the judge, giving an extensive interpretation to art. 130 of the code of civil procedure, which in that case, analyzing the circumstances and peculiarities of the facts, can redistribute the burden to the party who has better condition of producing it. However, this modification does not have to root out the already pre-established rules, but only complement them in case of insufficiency. This work also aims to focus on the importance of the Federal Constitution, which brings the basis to justify this theory, by means of the principles of due process of law, ample defense, contradictory, equality and access to justice. Also the code of civil procedure enshrines the principles of solidarity, cooperation, loyalty, veracity and good faith that must prevail in the procedural statement which give rise to the relativization of legal rules, searching the truth. Finally, the consumer defense code was one of the pioneers to serve this theory, to establish in

his art. 6, item VIII, the reversal of the burden of proof *ope iudicis*, i.e. by the magistrate, which may, before the weaker position of the consumer or the likelihood of their claims, reverse the burden of proof to establish the probative right. That said, aims to demonstrate the importance of participation of the magistrate during the conclusive statement, for the purpose of the magistrate during the conclusive statement, for the purpose of reaching the truth of the facts and ensure the society a fair, adequate and effective answer, without disregarding the principles constitutionally safeguarded. To achieve the objectives of this work were used the deductive methods and history, as well as bibliographic search techniques were developed and documentary.

Keywords: Proof. Burden of Proof. Procedural Principles. Inversion of the Burden. The Consumer Defense Code. Dynamic Distribution. Weaker Position.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DAS NORMAS	13
2.1 Noções Gerais	13
2.2 Definição de Norma	16
2.3 Distinções: Normas, Princípios, Regras e Postulados Normativos	17
2.4 Força Normativa da Constituição Federal	23
3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO	25
3.1 Acesso à Justiça e à Tutela Jurisdicional Efetiva	25
3.2 Devido Processo Legal	27
3.3 Contraditório e Ampla Defesa	30
3.4 Isonomia ou Igualdade	33

4 DIREITO PROBATÓRIO	35
4.1 Definição de Prova	35
4.2 Definição de Ônus da Prova	38
4.3 Distribuição do Ônus Da Prova no Processo Civil Contemporâneo	39
4.4 Dupla Perspectiva do Ônus da Prova: Objetivo e Subjetivo	42
4.5 Inversão do Ônus da Prova: <i>Ope Legis</i> e <i>Ope Iudicis</i>	46
4.6 Inversão do Ônus da Prova e o Código de Defesa do Consumidor	47
4.7 Poderes Instrutórios do Juiz	51
4.8 Princípio do Dispositivo (ou da Inércia) e o Ativismo Judicial na Prova	55
5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	59
5.1 Definição	59
5.2 Fundamentos de Aplicação da Teoria no Ordenamento Brasileiro	63
5.3 Momento Processual Adequado para a Aplicação da Dinamização	73
5.4 Analisando o Projeto do Novo Código de Processo Civil	76
6 CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa científica tomou como referência o art. 333 combinado com o art. 130 do Código de Processo Civil, que tratam da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro e a importância da atividade do juiz nessa empreitada.

Para isso foi elaborado um enfoque sobre a importância das normas para a sociedade em geral, que precisa de sua constituição para poder se organizar e concretizar os direitos almejados pelos cidadãos.

Dentro destas normas constatou-se a existência das chamadas regras, que são normas de comportamento, pois orientam a conduta que deve ser adotada, e os princípios, que são normas que preveem o estado ideal almejado. Por isso se dizer muitas vezes que para toda regra existe um princípio subjacente.

Assim, a Constituição Federal e o Código de Processo Civil consagram diversos princípios e regras, como por exemplo, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a atividade instrutória do magistrado, etc. e são estas que norteiam o aplicador e intérprete do direito.

Dentre estes dispositivos legais, encontram-se aqueles que consagram as regras referentes ao ônus da prova, prevendo comportamentos a serem adotados pelo juiz e pelas partes no transcurso do processo e que foram objeto de análise.

O artigo referente ao ônus da prova estabelece a qual das partes caberá produzir determinada prova, analisando a natureza do direito por elas pretendido e a posição de cada uma delas na relação jurídica. Se autor, deverá provar os fatos constitutivos de seu direito; se réu, os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor; sob pena de se verem prejudicadas em caso de eventual insuficiência probatória, situação em que o magistrado poderá, valendo-se de seu poder instrutório, utilizar estas regras no momento de seu julgamento.

Daí surgiu na doutrina e na jurisprudência a importância dessa atuação direta do magistrado na produção da prova, uma vez que lhe confere o poder de alterar as regras estabelecidas, baseando-se em outras regras, princípios e na força normativa da Constituição Federal.

Foi com base nisso que surgiu a chamada Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, por meio da qual se sustenta a possibilidade de alteração do ônus da prova *ope iudicis*, quando se verificar a incerteza das alegações das partes por precariedade de provas, advindas da hipossuficiência de um dos litigantes.

Apesar de referida teoria não ter fundamentação legal expressa, como ficou demonstrado, ela se fundamenta em uma gama de princípios constitucionais e infraconstitucionais garantidos, dentre eles o do acesso à justiça e a busca por uma tutela efetiva.

De acordo com essa teoria o ônus da prova independe do interesse de cada uma das partes. Para ela deverá provar aquele que pode fazê-lo, ou seja, a parte que tiver melhores condições de trazer a prova aos autos para se alcançar a verdade.

No ordenamento brasileiro apenas o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inc. VIII, consagrou expressamente uma ideia que traduz a teoria, ao dispor sobre a inversão do ônus da prova em defesa dos direitos do consumidor, toda vez que se verificar sua hipossuficiência ou verossimilhança de suas alegações. Essa inversão será feita pelo magistrado, que diante da análise do caso concreto, verificará sua incidência.

No entanto, referido dispositivo não pode ser confundido com a distribuição dinâmica. Por meio dela busca-se inverter apenas o ônus de determinada prova sobre a qual a parte contrária se encontre em posição de melhor produção. Na inversão prevista no código consumerista não há essa análise de melhores condições, ela ocorrerá todas as vezes que se verificarem os requisitos relativos ao consumidor e, ainda, inverte-se o ônus probatório geral, ou seja, de todos os fatos alegados, e não apenas de prova específica. Por fim, a teoria da dinamização tem o escopo de abarcar todas as situações gerais que envolvam o ônus probatório e não apenas uma área específica como ocorre com o direito consumerista.

Por meio da distribuição dinâmica o juiz deverá alterar o ônus probatório quando a parte que o detenha não possua condições de sustentá-lo por meio de provas e, ainda, a parte contrária satisfaça essa necessidade, evitando-se a chamada prova diabólica, ou seja, não poderá o magistrado realizar a inversão se verificar que a parte sobre a qual recairá o ônus terá extrema dificuldade ou até impossibilidade em trazê-la.

Esta teoria ainda vem fundamentada pelos princípios da boa-fé, lealdade processual, solidariedade e colaboração das partes para se alcançar a verdade, conforme dispõe o art. 339 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, restou demonstrada a importância da flexibilização das regras procedimentais para o fim de atingir o ideal de justiça que vem preconizado com a dinâmica do ônus.

O presente trabalho procurou demonstrar sua incidência sob o enfoque da doutrina e da jurisprudência pátria, que têm sustentado sua aplicação a casos concretos, alcançando seu objetivo social de justiça e efetividade.

Para isso foram utilizados os métodos de pesquisa histórico, que teve ensejo na primeira parte do trabalho, tratando das espécies normativas que dão sustentação ao Estado Social, analisando a evolução das normas, sob o enfoque dos filósofos Miguel Reale e Thomas Hobbes, bem como o dedutivo que esteve presente durante todo o desenvolvimento da pesquisa, partindo-se de regras gerais processuais até atingir soluções a casos específicos e concretos.

Foram utilizadas as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, valendo-se do Código de Processo Civil (Lei nº. 5869/1973), do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8078/1990), da Constituição da República de 1988, bem como a análise de julgados de nossos tribunais superiores e jurisprudências consolidadas, além de doutrinas elaboradas pelos estudiosos do direito.

2 DAS NORMAS

Atualmente, não há que se falar na existência de um Estado Social sem a necessidade da implementação das normas no meio coletivo, sejam elas relativas à moral, ao comportamento humano, jurídicas, etc. todas com o intuito de estabelecer um mínimo de organização e convivência.

O Estado Democrático de Direito sustentado em nossa Constituição da República vem todo estruturado em normas jurídicas, que se dividem em várias espécies, as quais se verão mais adiante, e, portanto, uma análise breve acerca de sua evolução e implantação na sociedade se faz necessária para esclarecer as ideias aqui defendidas.

As normas são o fundamento base de um Estado e é por meio delas que se é possível controlar os atos de poder ou os atos populares, bem como instaurar a paz social.

2.1 Noções Gerais

Desde a criação do Universo já se poderia falar na existência das normas, porém, ainda de forma mais primitiva e sem tantas particularidades, que lhes foram atribuídas com o passar do tempo, pelos seres humanos, a partir de um constante e paulatino desenvolvimento histórico-cultural.

Quando Deus criou Adão e Eva e os colocou no jardim do Éden, já lhes impunha deveres a serem respeitados, conforme se verifica do Livro de Gênesis da Bíblia Sagrada (1990, p. 15), “E Javé Deus ordenou ao homem: ‘Você pode comer de todas as árvores do jardim. Mas não pode comer da árvore do conhecimento do bem e do mal, porque no dia em que dela comer, com certeza você morrerá’”.

Percebe-se aí a criação da primeira norma imposta por Deus, funcionando como Primeiro Legislador, como define Regis Fernandes de Oliveira (2005, p. 11).

Desde já, a ordem imposta vem acompanhada de uma pena, como diz o texto, Deus disse ao homem que se comesse da árvore proibida, teria como castigo a morte, ou seja, o desvio do caminho esperado traz como consequência uma sanção.

Conforme entendimento a seguir:

A sanção decorre do descumprimento do preceito normativo. [...] é punição, é pena, é a reação da ordem jurídica contra o descumprimento do que vem determinado pela lei. O homem é responsável pelos seus atos. Cometendo um comportamento contrário ao direito, responde por ele e sofre a rejeição que vem retratada numa pena. Esta é a sanção (OLIVEIRA, 2005, p. 125-126).

Para o filósofo Thomas Hobbes (2005, p. 127-128) o homem é instruído desde sempre pelas leis naturais que lhes assegura o direito à vida, à dignidade, à liberdade. No entanto, impulsionado por seus instintos egoísticos, sempre atuou de forma individualista, batalhando apenas por seus próprios direitos e necessidades.

Assim, entende o autor que “se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros” (HOBBS, 2005, p. 128).

Ou seja, o filósofo captou a necessidade que o próprio ser humano passou a sentir, no decorrer de sua existência, de um poder soberano acima de suas vontades, que pudesse lhe orientar e direcionar, estabelecendo preceitos a serem observados, a fim de promover a paz social.

E, por isso, Thomas Hobbes (2005, p. 130) critica o individualismo e o egoísmo dos seres humanos, que desde sempre se preocupavam apenas e unicamente com suas próprias necessidades. Portanto, para ele o único modo de controlar esses instintos egoísticos e implantar uma verdadeira ordem social é mediante a criação de um Ser Soberano, por meio de um pacto, um acordo constante e duradouro concentrando as ações nas mãos de “[...] um poder comum que os mantenha em respeito e que dirija suas ações no sentido do benefício comum.” “[...] capaz de defender a comunidade [...]” (HOBBS, 2005, p. 130).

Portanto, a própria sociedade passa a sentir a necessidade da criação de um Estado, capaz de lhe manter a ordem e garantir a concretização de seus direitos, evitando um caos social.

Dessa forma, a criação das normas passa a ser medida urgente e eficiente, uma vez que assegurará ao Estado Político a força necessária para manter e preservar, mediante a utilização de instrumentos que lhes forem disponibilizados pelo ordenamento, a paz e a ordem econômico-social.

Na definição de Thomas Hobbes (2005, p. 132):

Estado instituído é quando uma multidão de pessoas concordam e pactuam que a qualquer homem ou assembleia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles – ou seja, de ser seu representante -, todos, sem exceção, tanto os que votaram a favor dele como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.

Na verdade, a instituição do Estado, atualmente, é a mais eficiente forma de organização da sociedade, pois estabelece limites, disciplina as condutas sociais e busca a melhor solução das controvérsias.

Como frisa Eduardo C. B. Bittar e Guilherme Assis de Almeida (2002, p. 250-251), “Na verdade, o contrato aparece como sendo a única forma de salvaguardar e proteger a liberdade do indivíduo. É o contrato a forma-guardiã de estabilidade da liberdade e da igualdade. É no povo que reside a soberania e, é dele que esta mesma emana”.

Assim, a imposição de um poder comum tem a finalidade de obrigar a todos, de forma isonômica, a respeitar as leis e os direitos regulamentados e submetê-los às suas decisões, garantindo a segurança comum.

Cumprir frisar, ainda, a importância para as normas jurídicas brasileiras da Teoria Tridimensional do Direito, criada pelo filósofo Miguel Reale (1968), para o qual o direito deve ser estudado sob três aspectos: fato, valor e norma. Ou seja, o direito não deve ser considerado como algo abstrato, mas sim ser analisado a partir de situações práticas, fatos sociais vivenciados cotidianamente, para os quais a própria sociedade, segundo as leis naturais e morais, atribui valores a serem preservados. E, para evitar o descumprimento e o abuso desses escopos, devem ser impostas normas que os regulamentem e conserve.

Portanto, aludidas normas devem esmiuçar todas as necessidades humanas, a fim de que o julgador, ao analisá-las, tenha possibilidade de concretizar o Estado Democrático de Direito.

2.2 Definição de Norma

A palavra “norma” significa “esquadro”, que segundo definição da Academia Brasileira de Letras “é o instrumento em forma de triângulo utilizado em desenho para traçar ângulos ou medir linhas perpendiculares” (2008, p. 539).

Segundo definição de Martim Pierre (2009, p. 188), as normas jurídicas são “princípios, preceitos, regras ou leis relativas ou pertinentes ao direito”.

Para o jurista e filósofo austro-americano Hans Kelsen (1986, p. 01-03) a norma é “[...] um mandamento, uma prescrição, uma ordem”. “Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida”.

Alguns autores demonstram sua nascente utilizando-se de textos bíblicos, como o fez Regis Fernandes de Oliveira (2005, p. 11):

De início, pode-se ver Deus funcionando como *Primeiro Legislador*. É o constituinte originário. Dera a norma e disse a Adão: ‘De toda árvore do jardim, comerás livremente’ (2.16), ‘mas da árvore da ciência do bem e do mal, dela não comerás’ (2.17). Era a primeira norma editada. A *norma* tem uma parte que é a previsão de um fato e a outra parte, é um comando. A captação do fato era de não comer de determinada árvore. A consequência, era a pena, ao estabelecer que ‘no dia em que dela comeres, certamente morrerás’ (2.17). Na sequência, Eva comeu a fruta e ‘deu também a seu marido, e ele comeu com ela’ (3.6). Houve o primeiro descumprimento das normas editadas. Com a desobediência, houve a primeira conduta contrária ao direito.

Para o formulador da Teoria Tridimensional do Direito, o jusfilósofo brasileiro Miguel Reale (1990, p. 95), a norma jurídica é uma “estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”.

Conforme dispõe Humberto Ávila (2012, p. 33), a norma não se resume num grupo de textos ou escritos que compõem um ordenamento, nem numa mera descrição de significados postos à sociedade. Para ele, a norma é a interpretação advinda da leitura dinâmica de um texto normativo.

Em outras palavras, valendo-se dos diversos meios de interpretação atualmente utilizados, deve-se filtrar o conteúdo essencial almejado pelo legislador, a fim de se promover o melhor entendimento e conseqüentemente a melhor aplicação do texto legal.

Aludido doutrinador explica que “*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.” e, complementa, ainda, dizendo que “[...] não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2004, p. 22).

Assim, a norma será obtida a partir da interpretação feita por meio da atividade intelectual humana, resultando dessa compreensão textual, a fim de se alcançar a maior eficácia possível.

Portanto, a expressão “norma jurídica” significa o preceito que traça um caminho a ser percorrido ou um estado de coisas a ser atingido, regulando a conduta humana que deverá ser uniforme, na medida certa, correspondente àquilo que se espera medianamente.

A norma jurídica tem como principal escopo regulamentar o comportamento humano de tal forma que venha a atingir um estado ideal almejado, mediante a descrição de uma conduta a ser praticada, estabelecendo a ordem social.

Para melhor entendimento se faz necessária distinção entre alguns conceitos, os quais serão vistos no item seguinte.

2.3 Distinções: Normas, Princípios, Regras e Postulados Normativos

A norma, como dito alhures, depende do sentido obtido pelo intérprete após uma análise completa do dispositivo textual, a fim de limitar seu significado, evitando entendimentos não desejados pelo legislador.

Conforme definição de Martim Pierre (2009, p. 212), princípio é aquilo que “serve de base, de raiz em uma doutrina”, ou seja, é o vetor que norteia o comportamento humano.

Em sentido estrito, princípio significa primordial, aquilo que dá origem a algo, fonte, começo (BUENO, 1996, p. 528). Na ótica do Direito, princípio se traduz numa premissa maior (KANT, 2005), ou seja, a base que sustenta todo o ordenamento jurídico brasileiro (SANTOS, 2002, p. 29).

Segundo definição de Antonio Carrazza (1997, p. 31):

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isto mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Alguns doutrinadores entendem existirem princípios gerais de direito, como o faz Miguel Reale (2009, p. 303-320), afirmando assim que se trata de normas de direito natural, imutáveis e supraconstitucionais. Outros sustentam a existência dos chamados princípios constitucionais, é o caso da doutrinadora Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 25-29); e alguns, ainda argumentam a existência dos princípios infraconstitucionais, regulamentados em dispositivos inferiores à constituição (TOURINHO NETO e FIGUEIRA JÚNIOR, 2011, p. 75-76).

Dessa forma, é notória a percepção de que os princípios jurídicos são verdadeiras normas basilares do direito que, com o passar dos anos, foram adquirindo seu espaço até mesmo em nossa constituição.

Portanto, os princípios jurídicos são espécies normativas e, atualmente, possuem caráter vinculativo, sendo alvos de diversas decisões de órgãos superiores, por exemplo, o caso do Supremo Tribunal Federal que se valeu do princípio da moralidade pública para declarar inconstitucional a contratação de parentes para cargos públicos, ao julgar um caso concreto do Rio Grande do Norte. Os Ministros da Corte Suprema entenderam que não seria necessária a edição de uma lei formal, visto que isso já estaria previsto pelo artigo 37 da Constituição Federal¹ que estampa a moralidade como um dos princípios da Administração Pública².

¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte: [...]

² “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a

O princípio jurídico tem a finalidade de impor um estado ideal de coisas a serem perseguidas, sem, no entanto, descrever uma conduta, mas impondo, implicitamente, um comportamento capaz de satisfazer sua disposição, ou seja, que seja compatível com seu estado ideal (ÁVILA, 2012). Sua aplicação decorre de uma correlação feita entre os efeitos da conduta praticada e o estado ideal que se quer alcançar.

Ou seja, os princípios são vetores norteadores que expressam valores sociais a serem atingidos e, por isso, os aplicadores do direito precisam voltar-lhes a atenção, filtrando-os e absorvendo deles a autêntica finalidade. Por isso, diz-se que deve ser feita uma correlação entre os efeitos da conduta praticada e o fim almejado, uma vez que a ação será analisada sob o aspecto dos valores tutelados e fundamentados por um princípio.

A aplicação de um princípio depende de uma análise profunda dos valores por ele consagrados, de modo a adaptar o caso concreto ao fim ansiado. Apesar de não fixarem expressamente a prática de determinada conduta a ser seguida, eles se dedicam a delinear os desígnios pretendidos, com um fim em abstrato aspirado.

Por isso, o conhecimento desse instituto pelo intérprete e aplicador do direito torna-se imprescindível para a concretização dos direitos e deveres sociais.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 882-883) dispõe:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Também, na definição de Nicola Abbagnano (2000, p.792), princípio é um “[...] ponto de partida e fundamento de um processo qualquer”.

prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão” (RE 579951-4. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719151/recurso-extraordinario-re-579951-rn-stf>>. Acesso em: 10 maio 2012.

Segundo esclarecimentos do filósofo norte-americano Ronald Dworkin (2007, p. 46-47), “Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas”.

Aludido jurista confere aos princípios uma dimensão de peso, utilizando o critério de coerência entre eles. Ou seja, no caso concreto, o princípio com peso relativo maior deverá se sobrepor ao outro, sem que este último, no entanto, perca sua validade (DWORKIN, 2007, p. 42).

Assim, conclui-se que os princípios são normas finalísticas, porque estabelecem fundamentos normativos, visando ao alcance da concretização dos valores obtidos a partir da Constituição Federal de 1988.

No entendimento de Robert Alexy (2002, p. 92-99), os princípios convivem conflituamente, ou seja, um não elimina o outro. Em outras palavras, havendo controvérsia a respeito da aplicação de um ou outro princípio, deve o intérprete, utilizando-se da ponderação, sopesar os valores materiais debatidos, a fim de se aplicar o princípio que, naquele caso, mereça prevalecer em decorrência do direito material ali questionado, vigorando o critério de prioridade entre eles. Entende, ainda, que os princípios são “mandamentos de otimização” e, portanto, podem ser cumpridos gradualmente, ao contrário das regras que devem ser cumpridas integralmente (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Ou seja, os princípios são normas coexistentes que prestigiam padrões morais a serem observados, como defende Ronald Dworkin (2007, p. 36) “porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Ao contrário dos princípios, as regras são imediatamente descritivas, ou seja, descrevem um comportamento humano a ser observado, baseado na implementação de um estado ideal contemplado num princípio subjacente.

Nesse sentido é o entendimento de Robert Alexy (2008, p. 91), ao dizer que “Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”.

Para Humberto Ávila (2004, p. 70):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a

avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiológicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Ou seja, as regras nada mais são do que direitos postos, ordenados pelo legislador e que delineiam um comportamento a ser praticado. Por isso, há necessidade de adequação do fato ocorrido à norma imposta.

Nesse sentido é o entendimento do autor Humberto Ávila (2004, p. 70) de que a aplicação das regras se dá por meio de subsunção, fazendo uma “correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato”, ou seja, adequação do fato à norma, uma vez que a regra é uma espécie normativa de comando que prevê a solução imediata, certa e eficaz para a situação que nela se enquadre.

Existindo conflito entre regras, automaticamente, uma aniquilará a outra, caracterizando a aplicação já trazida por Dworkin do *tudo ou nada* (2007, p. 39). Nesse caso de conflito entre regras, conforme entendimento doutrinário, devem ser utilizados os critérios hierárquico, cronológico ou de especificidade, a fim de se aplicar o dispositivo correspondente e eficaz para o caso. Dessa forma, a colisão entre regras resulta na invalidação de uma delas, por sua própria natureza.

Humberto Ávila (2004, p. 83) entende que a regra está ligada a uma situação de segurança jurídica, já os princípios se direcionam a ideia de concretização da justiça. Dessa forma, as regras possuem a chamada “*eficácia de trincheira*”, ou seja, não são flexíveis, não podendo ser derrubadas por um argumento qualquer, necessitando de uma forte carga argumentativa.

E, portanto, para ele, quando houver um conflito entre regras e princípios, deve-se fazer o sopesamento de hierarquias, ou seja, uma análise sobre ser a espécie normativa constitucional ou infraconstitucional, sobressaindo aquela que tiver maior hierarquia. No entanto, tratando-se de normas de mesmo grau hierárquico, obrigatoriamente deverá prevalecer a regra, salvo “uma razão extraordinária que impediria sua aplicação, tendo em vista o postulado da razoabilidade” (ÁVILA, 2004, p. 85).

Os postulados normativos, por sua vez, são uma espécie normativa mais complexa e que demanda maiores cautelas. Parte da doutrina os tem enquadrado como sendo princípios, como o faz Robert Alexy (2008), outros, porém, sustentam se tratar de normas de segundo grau ou metanormas (ÁVILA, 2012, p. 156).

Na verdade, trata-se de uma figura extensiva, metódica, utilizada para fins de viabilização da aplicação de outras normas, objetivando solucionar eventuais conflitos existentes entre elas. Servem como direcionamento aos intérpretes e aplicadores do direito, mostrando-lhes o caminho a ser percorrido, a fim de se alcançar uma finalidade.

Diz-se que são métodos, por conta das diretrizes por eles fornecidas, orientando o intérprete ou julgador sobre as direções a serem tomadas, mediante os parâmetros que lhes são fornecidos.

Humberto Ávila (2012, p. 142-143) divide-os em postulados hermenêuticos e postulados aplicativos, sendo que os primeiros “[...] são destinados à compreensão em geral do Direito [...]” e os últimos têm a função de “[...] estruturar a sua aplicação concreta”.

Assim, os hermenêuticos, como o próprio nome diz, aventuram-se nas diversas formas de interpretações do ordenamento jurídico como um todo. Já os postulados aplicativos visualizam a solução de eventuais antinomias contingentes, ou seja, designam-se para resolver situações concretas postas sob a análise do intérprete.

O postulado mais conhecido é o da proporcionalidade, subdividido pela doutrina em três submáximas, quais sejam, a adequação, que analisa se a restrição imposta é apta para atingir o fim a que se destina; a necessidade, que verifica se ela, dentre todas as restrições, é a menos onerosa possível, com a mesma eficácia; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que realiza o sopesamento de valores, constatando o tamanho da importância e efeitos positivos trazidos pela restrição (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A finalidade dos postulados é impor limites aos atos do poder público e, por isso, servem de vetores estruturantes para a aplicação das normas jurídicas.

Nesse aspecto, é possível observar a importância de aludidos conceitos, uma vez que possibilita utilizar-se de cada espécie normativa com maior segurança, garantindo a cada uma delas sua verdadeira eficácia e, evitando distorções indesejáveis pelo legislador.

O conhecimento pelo intérprete da importância de cada espécie de norma e sua respectiva diferenciação é capaz de lhe orientar na aplicação ideal do direito almejado para o caso concreto, privilegiando o princípio da segurança jurídica e estancando o dogma do Direito, que é a aplicação da justiça.

Assim, utilizando-se dessa classificação, será possível qualificar os princípios, as regras e os postulados normativos como espécies normativas, ou seja, normas jurídicas, pois direcionam e orientam o julgador no sentido de solidificação do Estado Democrático.

Nos ensinamentos de Robert Alexy (2008, p. 87), “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser”. E, ainda, afirma que os “Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”. “A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.

Dessa forma, forçoso concluir pela exigência explícita na convivência humana de se respeitar as normas jurídicas brasileiras em sua essência, já que discorrem sobre padrões sociais de justiça e equidade.

A aplicação eficiente do direito carece da observância apropriada dos princípios informadores estampados na Constituição da República e, ainda, daqueles previstos no âmbito infraconstitucional, bem como das regras e postulados normativos oriundos tanto do ordenamento jurídico imposto como das diretrizes gerais de valor, moral e ética do ser humano.

2.4 Força Normativa da Constituição Federal

Diante de todo o exposto acima, percebe-se que são as normas que regem o mundo jurídico atual e, portanto, elas devem ser o espelho da sociedade em que está inserida, permitindo o perfeito enquadramento entre a realidade e a ideologia jurídica.

Konrad Hesse (1991) vem nos ensinar que as normas que regulamentam o Estado devem retratar a realidade fática, para que não se desvirtuem e se tornem inúteis.

Referido autor afirmar que “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (HESSE, 1991, p. 14).

E mais adiante ele complementa: “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu

tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva” (HESSE, 1991, p. 18).

A ideia sistematizada é a de que deve existir perfeita correspondência entre a norma escrita e a situação fática por ela regulada, de modo que sua aplicação seja condizente com as exigências da época.

Conforme se verá mais adiante, a Constituição Federal abarca diversos princípios processuais que devem ser respeitados, ainda que não estampados em regras, porque eles são os norteadores da esfera jurídica.

Estas normas constitucionais precisam ser interpretadas adequando-se à realidade na qual estão inseridas, sob pena de perderem o sentido de existir, desprestigiando-se assim a lei maior que consagra nossos direitos.

O legislador constituinte, quando da elaboração de seus dispositivos, buscou a tutela mais abrangente possível de seus direitos e garantias fundamentais, tanto que os tornou cláusulas imutáveis, impossíveis de sofrerem qualquer limitação ou extinção.

Nos ensina Konrad Hesse (1991, p. 23-24): “Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. [...] A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’”.

Portanto, para que a norma escrita não falte com seu destino ela necessariamente precisará retratar as exigências sociais e acompanhar a evolução da coletividade que por ela é regida, uma vez que esta é a razão de sua existência, caso contrário, perderia toda sua essência e se tornaria letra morta, desprestigiada.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO

O direito à prova atualmente tutelado pela Constituição Federal e por outros meios infraconstitucionais encontra respaldo em alguns princípios norteadores, que dão sustento e fundamentação à sua aplicação de forma a promover a busca pela tutela efetiva, buscando-se a pacificação social da forma mais justa e coerente à realidade na qual nos encontramos, consubstanciada na função social do Direito e não apenas naquela visão individualista do século XIX, de que o positivismo era a ordem suprema.

Os princípios, como dito alhures, têm imprescindível aplicação no nosso ordenamento atual, pois validam direitos humanos naturais e evidencia a promoção de uma decisão justa e adequada.

3.1 Acesso à Justiça e à Tutela Jurisdicional Efetiva

Desde o momento em que nosso órgão governante – o Estado - assumiu para si a responsabilidade de resolver os conflitos pessoais e sociais, afastando o antigo direito à justiça pelas próprias mãos, tomou ele o encargo de nos entregar uma solução.

Dessa forma, não poderia simplesmente querer limitar nossas garantias, agora transferidas, uma vez que tuteladas pela carta de direitos nacional.

Nossa Constituição Federal, em seu preâmbulo, estampa o maior e mais amplo conceito de Justiça, merecendo inclusive, transcrição, já que referido texto inaugura a Carta de Direitos Brasileira:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (ANGHER, 2011, p. 21) (destaquei).

Nosso constituinte consagrou de forma explícita o fundamento da instituição de nosso órgão supremo, qual seja, a implantação primordial dos direitos do homem, uma vez que este é quem consagra a existência do Estado, e não o inverso.

Atualmente vivemos numa sociedade na qual a mentalidade humana tornou-se completamente alienada no que tange ao conceito de justiça.

Devemos nos conscientizar que o direito até então “tutelado” pelo Estado é nosso! E, por isso, estes não nos podem ser negados.

O artigo 5º, inciso XXXV da Carta Maior³ nos presenteia, se assim podemos dizer, com o direito do acesso à justiça. Ora, é o mínimo que podemos ter, já que o Estado resolveu tomar para si essa obrigação e, portanto, deve realizá-la de forma eficaz.

Também em seus incisos XXXIV⁴ e LXXIV⁵ vem a Constituição e nos revela sua intenção de nos proteger e garantir a defesa dos nossos direitos, independentemente do pagamento de taxas.

Nossos aplicadores do direito, em geral, os magistrados, devem se ater às peculiaridades de cada caso e se valerem de suas máximas de experiência na análise das controvérsias a eles apresentadas, visando à pacificação do conflito, da forma mais justa e eficaz possível, garantindo os direitos daqueles envolvidos, sem, no entanto, deixar-se basear apenas pela lei, estritamente redigida, que privilegia uma nítida situação de injustiça em determinadas ocasiões.

A utilização de critérios meramente objetivos no exame do quadro a eles apresentado precisa ser feita de maneira cautelosa, sendo dedicada total atenção, para evitar o que muitas vezes acontece de serem proferidas decisões céleres, no entanto, precipitadas e

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...].

⁴ Art. 5.[...]

XXXIV – são a todos assegurados independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

[...].

⁵ Art. 5º. [...]

LXXIV – O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

[...].

mal analisadas, caminhando para um sentido completamente oposto àquele almejado por nosso legislador constituinte.

O nosso direito à justiça, então tutelado pela Carta Magna, visa o exercício das garantias por ela protegidas.

Nesse ponto, destaca-se a existência de um princípio mais abrangente que será abordado adiante, o princípio do devido processo legal, no qual se consagra a necessidade de prestação da tutela jurisdicional de modo a garantir um processo justo (GAJARDONI, 2008, p. 102), atentando-se às peculiaridades do caso concreto, às disposições expressas em lei e à concretização da justiça, ou ao menos, ao seu conceito mais próximo.

Aludido princípio tem ligação íntima com a teoria das cargas probatórias dinâmicas, uma vez que por meio desta se sustenta a possibilidade de se alcançar a verdade dentro de um instrumento processual, através da cooperação e da boa-fé das partes nele envolvidas, a fim de se garantir a concretização da solução mais justa.

A distribuição dinâmica do ônus probatório dentro desse instituto processual assegura a possibilidade da parte “hipossuficiente” ver garantida sua alegação, mediante a produção da prova pela parte contrária, que naquele momento e circunstância é a que detém melhores condições para tanto.

3.2 Devido Processo Legal

Como abordado alhures, citado princípio tem por escopo consagrar a garantia de justiça, mediante a aplicação de regras pré-estabelecidas criadas para determinada finalidade social.

Referida garantia, “ainda que com formulações diferentes, foi consagrada em diversas constituições modernas. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a assegurar a fórmula do *due process of law* do direito anglo-saxão, no art. 5º, LIV” (CAMBI, 2001, p. 109).

O devido processo legal se traduz na manifestação de um processo justo, no qual serão desenvolvidos parâmetros a serem observados, regulando a forma, o momento, o

modo, em que as partes devem se manifestar, permitindo-lhes atuação direta e efetiva na colaboração para a solução do litígio, ou seja, visa à permissão da atuação dos interessados, fundamentada no princípio do contraditório e da ampla defesa.

Fredie Diddie Júnior (2009, p. 45-46) diferencia dois aspectos do devido processo legal ao afirmar que, no âmbito de seu conceito formal, o processo devido é aquele que observa as exigências de uma legislação anterior, definida e autêntica, que legitima a prestação da tutela jurisdicional, uma vez que observa os princípios processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do juiz imparcial. E, ainda, na sua dimensão substancial, o processo legal devido exige conteúdo adequado, valendo-se o aplicador do direito dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, para garantir decisões jurídicas equilibradas, não se fundando apenas no direito positivo imposto.

O doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 490-491) explica o princípio em seu aspecto material:

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas, sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.

Também Fredie Didier Júnior (2008, p. 37-39) esmiúça a necessidade da observância do devido processo legal, em seu âmbito formal:

[...] torna possível a justiça no caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições normativas abstratas. [...] Segundo a doutrina, o devido processo legal em sentido formal é basicamente, o direito a ser processado e a processar de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas cujo processo de produção também deve respeitar aqueles princípios.

Daí compreende-se que esse princípio visa assegurar às partes a utilização de todas as armas pertinentes para se verem respeitados seus direitos durante o trâmite de um instrumento instituído pelo Estado para lhes garantir o acesso à justiça.

Por isso, vigora o entendimento doutrinário de que o princípio do devido processo legal pode ser considerado um superprincípio (NERY JÚNIOR, 2009, p. 77), já que abarca dentro de si muitas outras garantias e ideais menores, como por exemplo, o princípio

do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da investidura do juiz, da duração razoável do processo, da tutela efetiva e adequada.

Conforme lição de Eduardo Cambi (2001, p. 110):

Trata-se, pois, de uma garantia processual, cuja acepção ampla abrange as garantias da ação, da ampla defesa e do contraditório. Por isso, não é exagerado afirmar que a garantia do devido processo legal seria o gênero das demais garantias processuais. Por conseguinte, ainda nesse sentido amplo do *due process of law* poderiam ser incluídas, por exemplo, a garantia do juiz natural e imparcial, o direito à citação e as intimações regulares, o direito de alegar e de produzir todas as provas necessárias e admissíveis a influir na formação do convencimento do juiz, bem como a garantia do dever de motivação das decisões judiciais.

E é por isso que não se pode dizer que a dinamização do ônus da prova viola a aludida garantia constitucional, principalmente em seu aspecto formal, já que a produção das provas dentro de um processo judicial deve buscar fundamentação também em outros princípios constitucionais além da lei, valendo-se o magistrado da ponderação de valores consagrados pela sociedade, garantindo o bem comum.

O objetivo deste princípio é demonstrar a existência de um instrumento processual criado com uma finalidade maior, desprestigiando o processo pelo processo, e enfatizando sua necessidade para concretização do direito material, permitindo o alcance de seu fim supremo que é a preservação dos direitos constitucionais de maior valor, dentre eles o de acesso à justiça.

Claro que deve ser respeitado o regular processo legal, com observância da legislação, no entanto, sem prestigiá-lo a ponto de abafar bens maiores, como a vida, a liberdade e a igualdade. Para isso, foi garantido às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa, que são os princípios basilares de participação concreta dos interessados no processo.

3.3 Contraditório e Ampla Defesa

É por meio deste instituto constitucional, estampado no artigo 5º, inciso LV da Carta Política de 1988⁶, que às partes é garantida a oportunidade de se manifestarem nos autos, fazendo valer suas alegações.

No dizer de Adriana Pires (1999, p. 59) o contraditório fundamenta a existência da dialeticidade do processo, que deve possibilitar meios de as partes se contradizerem, expressando suas opiniões a respeito de determinado fato ou ato alegado ou provado.

“Ao abordar-se o princípio do contraditório é preciso ter em mente que contradizer é uma função essencialmente de diálogo. Sendo assim, a natureza dialética iminente ao contraditório possui uma função de equilíbrio das partes no processo” (PIRES, 1999, p. 59).

Segundo explicação de Aclibes Burgarelli (2000, p. 41) “O princípio do contraditório é extraído do princípio natural e até bíblico da igualdade de tratamento, tendo em conta a mesma natureza humana, na qual se compreende a noção de defesa da pessoa e dos direitos da pessoa”.

É com fundamento nesse princípio basilar que os interessados, atuantes do instrumento processual, podem se armar de todos os meios idôneos de provas pretendidos para sustentar seus pedidos, conforme disposição infraconstitucional do artigo 332 do Código de Processo Civil⁷.

Por meio do contraditório, é possível à parte fiscalizar a conduta de seu adversário e até mesmo a do magistrado atuante no caso, bem como refutar a prova contrária apresentada, mediante outro instrumento probatório, chamado de prova contrária, sob pena de cerceamento de defesa, causa geradora da nulidade do processo (CAMBI, 2001, p. 137-142).

A doutrina tem caminhado no sentido da existência de dupla dimensão do princípio do contraditório, de que aludido direito “inclui a informação necessária e a reação

⁶ Art. 5º [...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...].

⁷ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

possível” (DINAMARCO, 1987, p. 93), ou seja, vem instruído com duas vertentes imprescindíveis no âmbito processual, de que a parte deve tomar ciência da pretensão contra ela intentada, bem como deve ter o direito de oferecer resistência a essa pretensão, sendo esta última oportunidade uma faculdade que lhe é tutelada, ao contrário do dever de cientificar, que é obrigatório, para que legitime futura decisão judicial, baseada no princípio constitucional do contraditório.

Cria-se, assim, dentro do processo um “*diálogo efetivo*” (CAMBI, 2001, p. 132) entre os confrontantes, que se veem munidos de armas técnicas para prosseguir com seus argumentos.

Além dessas garantias, o juiz deve atuar ativamente durante toda a instrução probatória, aplicando o princípio da igualdade das partes, ou seja, da paridade de armas (CAMBI, 2001, p. 132), para atingir o conceito de processo justo, colocando os litigantes em pé de igualdade, para que se mantenham em situação equilibrada, impedindo a omissão na produção probatória, por insuficiência de condições técnicas, econômicas, sociais, culturais ou políticas.

No dizer do autor Eduardo Cambi (2001, p. 132): “A preocupação em garantir a igualdade de oportunidades ou a efetiva paridade de armas, para obter uma decisão favorável, é, enfim, uma exigência democrática a ser satisfeita por meio do processo”.

Em decorrência dessa nova visão processual de colaboração do magistrado no instrumento garantidor, tem ganhado força o chamado princípio da cooperação, como leciona Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 109):

[...] o princípio da “cooperação” pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no âmbito dos direitos fundamentais, que hipertrofia a atual concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta. (...) Assim, o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação e do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz.

Assim, além da necessidade de cientificar as partes, predomina o entendimento de que o juiz deve participar não somente conduzindo o processo, como também instruindo o

conjunto probatório, assegurando meios de participação efetiva dos interessados, eis que todos nele envolvidos almejam um único objetivo em comum de solução do conflito.

Diante dessa nova ótica processualista, o que se tem entendido é que o julgador exerce o próprio contraditório, que se torna para ele um dever, com o intuito de atuar conjuntamente em prol de um objetivo maior, a pacificação social.

Numa definição clássica, o contraditório era entendido como uma ciência bilateral, na qual o direito era dito exclusivamente pelo Estado-juiz, sem qualquer interferência das partes (OLIVEIRA, 1994, p. 07-14). No entanto, com a adoção dessa dinâmica processual, passou a ter definição ampla, permitindo a cooperação e a atuação conjunta do magistrado e dos conflitantes, tornando-se um direito de expressão e de influência.

Nos dizeres de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (1994, p. 07-14) essa definição restritiva de contraditório como ciência bilateral é insuficiente, afirmando que “A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio judicial”.

Nesse sentido, a obrigação participativa do juiz no contraditório fica evidente, já que tem o dever de construir um processo fundado na elucidação dos fatos, e, portanto, atua de forma a impedir surpresas dentro desse instrumento cognitivo, dando amplas condições de uma das partes se manifestar após as alegações da adversária ou sobre aquelas matérias que por ele podem ser arguidas de ofício.

No que tange à teoria da dinamização, o contraditório deve ser respeitado tanto no seu aspecto formal, de garantir às partes a possibilidade de reação, bem como em seu âmbito material (substancial), de tornar a relação jurídica processual justa e equilibrada, como categoricamente enfatizou José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 68):

[...] se devem levar em conta as possibilidades que cada parte terá, *in concreto*, de exercer os direitos inerentes ao contraditório, e que ao juiz se impõe assegurar, na realização dos atos instrutórios, as condições mais favoráveis, em princípio à participação eficaz dos litigantes.

Destarte, com base nessa perspectiva de equilíbrio entre os sujeitos do processo, a distribuição dinâmica das cargas probatórias visa implantar uma noção efetiva de direitos, sustentando a necessidade de cooperação de todos os envolvidos naquele instrumento

dialético, para rechaçar ou amenizar as diferenças decorrentes de condições naturais, históricas, culturais, sociais ou econômicas vivida pelos dirimentes.

3.4 Isonomia ou Igualdade

Nossa Carta Constitucional tutela o princípio da igualdade entre as partes em seus artigos primeiros, inclusive preambularmente.

A redação do artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal estampa o direito à igualdade de todos perante a lei, trazendo, assim, uma garantia formal que deve abranger nosso sistema processual.

No mesmo sentido é o inciso I de referido artigo⁸, que se preocupou em tratar da igualdade entre homem e mulher, em seus direitos e obrigações, sem qualquer distinção.

No tocante à isonomia substancial, material, real, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, elencado no artigo 1º, inciso III da Carta Política⁹ é amplamente abrangente, permitindo uma interpretação extensiva a ponto de alcançar o direito processual probatório, assegurando às partes o equilíbrio na relação jurídica a ser buscado pelo Estado-juiz, como quis nosso legislador infraconstitucional, no artigo 125 do Código de Processo Civil¹⁰, atribuindo ao juiz o dever de assegurar a igualdade de tratamento entre as partes.

Percebemos o quão preocupado se mostrou nosso constituinte ao tratar da igualdade entre os cidadãos, em todos os aspectos, inclusive em matéria de direito processual.

O direito à igualdade das partes permite aos litigantes a possibilidade de serem ouvidos, de forma proporcional, ou seja, atuarem com as mesmas garantias e oportunidades,

⁸ Art. 5º. [...]

I – homens e mulheres são iguais e direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...].

⁹ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...].

¹⁰ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I – assegurar às partes igualdade de tratamento;

[...].

valendo-se de armas paritárias e daí se subtrai o princípio da paridade das armas, como leciona Fredie Didier Júnior (2008, p. 44): “Os litigantes devem receber tratamento idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta. (...)”.

Compete ao juiz atuar de forma direta dentro do processo, a fim de permitir o alcance igualitário dos interessados na produção das provas.

É com base nessa necessidade que surgem alguns institutos processuais, como a inversão do ônus da prova, de permitir ao magistrado a atuação imediata dentro da relação, captando as diferenças e a disparidade existente em cada caso e, a partir de então, valer-se dos meios a ele assegurados legalmente para promover o equilíbrio.

É através de uma análise individualizada de atuação dentro do mecanismo processual que se é possível identificar quais as medidas a serem tomadas, a fim de se chegar a uma maior oportunidade de atuação, alcançando a tão esperada justiça social.

Com base nesse raciocínio é que se mostra perfeitamente aceitável a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, eis que veicula a ideia da dinamicidade do processo, em matéria de prova, pois possibilita às partes o direito de se verem protegidas pelo Estado-juiz atuante diretamente na relação processual, dinamizando-a, a ponto de alcançar a igualdade de armas, utilizando-se dos conhecimentos obtidos por meio do processo, da lei, do caso concreto e do senso comum de justiça, não se restringindo apenas àquilo advindo estritamente do direito positivado.

4 DIREITO PROBATÓRIO

O direito à prova é uma garantia constitucional, estampada no art. 5º, inciso LV da Constituição da República, pois é por meio dele que os litigantes processuais poderão convencer o órgão julgador sobre suas alegações. Por conta disso, esta garantia deve ser objeto de atenção pelos intérpretes e aplicadores do direito, que precisam estar cientes de seus limites e incidência.

Por meio desta garantia é possível alcançar a verdade no processo e alcançar a justiça efetiva e adequada, e é por conta disso que será feito um estudo objetivo do tema, para o fim de fundamentar a concretização da teoria da distribuição dinâmica.

4.1 Definição de Prova

A palavra prova pode ser definida de diversas maneiras e sob diferentes aspectos.

Para o nosso trabalho merece destaque aquela empregada no âmbito jurídico, no qual a prova integra o instrumento processual utilizado pelo poder judiciário para o desenrolar de uma ação.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 388):

O termo *prova* origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *provar* – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

O autor traz o sentido etimológico da expressão prova, demonstrando a essência de seu significado e o porquê de sua adoção pelo processo civil brasileiro, já que ela

é o instrumento utilizado pelas partes para que sejam sustentadas suas argumentações, sejam feitos exames e inspeções, ensaios e verificações, bem como para persuadir o órgão julgador.

Luiz Marinoni e Sérgio Arenhart (2001, p. 289-290) atribuem quatro diferentes conceituações à prova no processo civil:

Assim é que, tradicionalmente, pode ficar, inicialmente, os instrumentos de que se serve o magistrado, para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, sendo possível, aqui falar-se em prova documental, prova pericial etc. Também pode essa palavra representar o procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; este é o espaço em que se alude à produção da prova. De outra parte, prova também pode dar a idéia da atividade lógica celebrada pelo juiz, para conhecimentos dos fatos (percepção e dedução, na mente de Proto Pisani). E, finalmente, tem-se como prova ainda o resultado da atividade lógica do conhecimento.

Para os juristas acima a prova pode ser entendida como o instrumento utilizado para trazer os fatos ao conhecimento do magistrado; ou, ainda, como o procedimento a ser adotado para levar esse instrumento a juízo; bem como a atividade lógica a ser desempenhada pelo juiz para conhecer dos fatos, ou, por fim, o resultado dessa atividade lógica.

No aspecto processual, Eduardo Cambi (2001, p. 48) traz uma classificação tripartida da prova no aspecto processual civil, enfocando o conceito de prova sob três perspectivas: a prova como fonte, como meio e como resultado.

Nesse ponto, cabe destacar a visão de Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 388):

Há, fundamentadamente, três sentidos para o termo *prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Assim, é possível se estabelecer uma visão jurídica a respeito da fase probatória no processo civil, sob três enfoques, abordando a prova como fonte, origem, nascente ou ato de provar os fatos narrados pelas partes, sendo exemplos as pessoas, as coisas e os fenômenos da natureza.

Existe ainda a conceituação voltada para definir a prova como meio, que na verdade é o modo pelo qual se obtém a prova, a forma como se demonstra a verdade de algo, por exemplo, a inspeção judicial ou o depoimento de uma testemunha. Por derradeiro, a prova pode ser vista como resultado, que se traduz na convicção do juiz, ou seja, na conclusão extraída da atividade intelectual do magistrado.

Segundo nos ensina Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 33-34) os dois primeiros traduzem uma concepção objetiva, quando o terceiro destaca uma ótica subjetiva, decorrente da atividade lógica do juiz.

Sobre essa averiguação da prova nos âmbitos objetivo e subjetivo, Humberto Theodoro Junior (2007, p. 472) elucida cada um:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

No processo, a prova assume um papel muito importante, eis que é por meio dela que os fatos narrados pelas partes podem ser levados a juízo a fim de convencer o juiz.

É justamente na fase probatória que os envolvidos na relação processual têm o direito pleno à produção de provas, seja por meios típicos ou atípicos, conforme permissão do artigo 332 do Código de Processo Civil.

Percebe-se que a prova no âmbito jurídico não serve apenas como instrumento, traduzindo-se somente nos meios como se pode alcançar a verdade de um fato, como ocorre com as testemunhas, perícias, inspeção. Mas é possível obter também um conceito mais abrangente de se persuadir o órgão julgador, quando então a prova atingirá sua meta maior. “Não é raro a parte produzir um grande volume de instrumentos probatórios (documentos, perícia, testemunhas etc.) e mesmo assim a sentença julgar improcedente o seu pedido ‘por falta de prova’” (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 472).

A prova está ligada diretamente aos fatos, pois é por meio dela que se pretende elucidar, no processo, a ocorrência de um evento, geralmente, aquele gerador da ação.

As partes dispõem de todos os meios possíveis para tentar convencer o órgão julgador de suas argumentações, podendo se valer de todo e qualquer meio de prova de

origem lícita. E é com base nesses instrumentos trazidos pelos sujeitos processuais que o magistrado fundamenta sua decisão, valendo-se das provas produzidas para sustentar seu convencimento e validar sua conclusão jurídica.

4.2 Definição de Ônus da Prova

Juridicamente falando, a palavra “ônus” significa o encargo atribuído ao sujeito processual pela ausência da produção da prova, conforme nos ensina Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 393) ao dizer que “O termo *ônus* provém do latim – *onus* – e significa carga, fardo ou peso. Assim, *ônus da prova* quer dizer encargo de provar”.

O doutrinador Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 71) prescreve que “o ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

No processo civil o ônus da prova assume relevante função. A parte que deseja ter suas alegações comprovadas ou aquela que almeja rechaçar as afirmativas ou argumentos fatídicos trazidos pelo adversário tem a faculdade ou poder de produzir a prova nos autos, sob pena de arcar com o peso de sua desídia, quando a lei assim o prescrever.

O ônus é a consequência advinda da omissão unicamente da parte à qual cabia demonstrar o fato alegado. Na verdade, ele recai sobre um interesse próprio e, por isso, os doutrinadores o diferem de um dever ou obrigação da parte, já que este último incide sobre um interesse alheio, conforme se infere de explicitação de Silvio Rodrigues (1998, p. 04) ao dizer que dever/obrigação é “o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo)”.

José Carlos Barbosa Moreira (1988, p. 74) observa que “no caso do ônus da prova, à parte que não quiser ser atingida pelas consequências do estado de dúvida do julgador deve provar suas afirmações, pois ônus probatório é, antes de tudo, interesse em oferecer as provas”.

Nessa visão entende-se que compete à parte sobre a qual recai o peso probatório optar pela produção ou não daquela prova referente àquele fato posto em juízo, eis

que ela própria poderá, no decorrer da ação, arcar com sua ausência, se durante o transcurso processual incidir em dúvida o órgão julgador.

Na lembrada lição de Moacyr Amaral Santos (1973, p. 305): “Ônus probandi traduz-se apropriadamente por dever de provar, no sentido de necessidade de provar. Trata-se apenas dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes”.

Assim, forçoso concluir que o ônus da prova se resume na regra que estabelece qual será o sujeito que deverá arcar com a ausência ou com a fragilidade das provas de um determinado fato e, portanto, não diz respeito a quem deve produzir a prova, mas sim a quem arcará com suas consequências caso ela não seja produzida.

4.3 Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Contemporâneo

A questão pertinente ao ônus da prova no processo civil é uma das mais polêmicas e discutidas na doutrina e jurisprudência pátrias, dando origem a diversas teorias que tentam esmiuçá-la (LOPES, 2002, p. 41).

Giuseppe Chiovenda (2000, p. 447) entende que a regra inerente à distribuição do ônus da prova deve ter sustentação no princípio da igualdade entre as partes que deve prevalecer no processo civil. Sendo assim, o ônus da afirmar e de provar deve se distribuir entre elas, de forma que deva ter o encargo de provar aquele que deseja que suas alegações sejam consideradas pelo órgão julgador (LOPES, 2002, p. 42).

Em regra, adotando a teoria dos dois ilustres doutrinadores acima mencionados, nosso legislador processual optou pelo critério da natureza dos fatos alegados, recaindo o ônus da prova sobre ambas as partes, conforme disposição do artigo 333 do Código de Processo Civil¹¹, que também consagra o princípio do dispositivo, ao dizer que cada um dos litigantes tem o ônus de sustentar suas alegações, seja o autor para provar o fato constitutivo de seu direito, seja o réu para demonstrar o fato impeditivo, extintivo ou

¹¹ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

[...].

modificativo do direito do autor, devendo cada uma delas arcar com as consequências de sua omissão.

O professor Moacyr Amaral Santos (1983, p. 153) interpreta referida norma destacando que “A cada uma das partes, em verdade, incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos do direito que pleiteia e, ao réu, em regra, a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desse direito”.

Conforme ensinamento do professor Humberto Theodoro Junior (2001, p. 133), no deslinde da ação processual é o autor quem sustenta a demanda, dando origem a ela e, portanto, deve receber uma responsabilidade maior para seu desfecho. Já o réu, do outro lado, completando esta relação jurídica, pode nela intervir apenas negando os fatos narrados pelo requerente, ocasião em que ficará desincumbido de provar qualquer afirmação. Nesse caso, de simples negativa das narrações do autor, compete a ele unicamente fazer provas capazes de demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito.

Quando o réu sequer chegar a negar o fato constitutivo do direito do autor, tornará tal fato incontroverso, livrando o requerente da necessidade de dispensar esforços para prová-lo, visto que o próprio adversário concordou com sua afirmativa, salvo quando esta se referir a direitos indisponíveis, os quais exigem a produção de prova para que possam ser reconhecidos, conforme lição do artigo 302 do Código de Processo Civil¹².

Portanto, em resumo, é possível dizer que deve fazer a prova aquele que alega um fato, seja ele constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo. Essa é a regra consagrada pelo nosso legislador infraconstitucional, que repartiu o encargo probatório entre as partes.

Antonio Marcato (1996, p. 276) fala claramente a respeito dessa distribuição de riscos conferida pelo legislador. Segue:

O ônus da prova representa uma verdadeira distribuição de riscos, ou seja, considerando que o conjunto probatório possa ser lacunoso ou obscuro, a lei traça critérios destinados a informar, de acordo com o caso, qual dos litigantes deverá suportar os riscos derivados dessas lacunas ou obscuridades, arcando com as consequências desfavoráveis de não haver provado o fato que lhe aproveitava.

¹² Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Dessa forma, ao estabelecer as regras de distribuição do ônus da prova sobre as partes do processo, nosso ordenamento confere poderes ao julgador de proferir sua decisão, caso os fatos alegados não estejam claramente provados, contrariamente àquele sobre o qual caía a carga probatória, eis que por “culpa” dele foi impossível se chegar a uma conclusão lúcida dos argumentos sustentados na máquina processual.

Nosso ordenamento foi categórico em distribuir os riscos provenientes de um processo sustentado por provas frágeis, capazes de gerar incertezas, amparando o julgador quando este se encontrar em uma situação clara de dúvida ou precariedades probatórias.

Fredie Didier Júnior (2004, p. 423) consagra que “a expressão ‘ônus da prova’ sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato”.

Assim, caso o autor deseje convencer o magistrado de suas alegações, para que este julgue a ação de modo a conceder seu direito, deve conduzir aos autos as provas que sustentem o fato constitutivo. Ao contrário, o réu, caso deseje rechaçar a tese do autor, deverá provar que inexistem os fatos constitutivos de seu direito, trazendo a juízo as provas que fundamentem fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor.

“Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 478). Nesse sentido, a parte não tem o dever de produzir a prova, ainda que sofra os prejuízos decorrentes de sua omissão. No entanto, ela deve contribuir para que a verdade seja alcançada, a fim de que a relação jurídica seja decidida e resolvida. Dessa forma, sua desídia tem como consequência o prejuízo de seu próprio interesse, eis que o julgador não pode deixar de decidir uma demanda simplesmente por ausência de provas.

Como o magistrado tem o dever de decidir, com base no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, não podendo se abster pela falta de provas ou dúvidas decorrentes de sua fragilidade, circunstância esta que pode ser causada por uma das partes, o legislador o amparou com a previsão do artigo 333 do Código de Processo Civil (SANTOS, 1997, p. 08).

4.4 Dupla Perspectiva do Ônus da Prova: Objetivo e Subjetivo

A regra trazida por nosso legislador infraconstitucional acerca da distribuição do ônus fez surgir intensa discussão doutrinária a respeito da possibilidade de dupla perspectiva do *onus probandi*: de um lado haveria a necessidade das partes produzirem as provas dos fatos que lhes competir (ônus da prova subjetivo – regra de conduta) e de outro estaria estampada a possibilidade de o juiz decidir levando em consideração a omissão do sujeito processual desidioso (ônus da prova objetivo – regra de julgamento), conforme nos orientam Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 75).

A elucidação merece ser transcrita em decorrência de seu nítido caráter esclarecedor:

[...] em um primeiro sentido, o *ônus da prova* é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar. Este seria o chamado *ônus subjetivo* [...]. [...] em um segundo sentido, o *ônus da prova* é uma regra dirigida ao juiz (uma *regra de julgamento*, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável. Tal seria o *ônus da prova objetivo* [...] (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 75).

Alfredo Buzaid (1972, p. 66) destaca:

[...] bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma, voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo.

Fredie Didier Junior (2008, p. 73) define cada uma das duas perspectivas dizendo: “em síntese, que o ônus subjetivo é regra de conduta para as partes, enquanto que o ônus objetivo é a regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado em caso de insuficiência das provas produzidas – o último refúgio para evitar o *non liquet*”.

Consoante inteligência de Sérgio Pinto Martins (2000, p. 284):

O Ônus da prova subjetivo consiste em verificar quem entre os sujeitos do processo deve fazer a prova. O ônus objetivo diz respeito ao magistrado, que irá verificar a prova constante dos autos, independentemente de quem tenha o ônus da prova; apresentada a prova nos autos o juiz deverá levá-la em consideração, independentemente de quem tenha tido o ônus.

Forçoso perceber que a discussão surgiu em torno desse duplo efeito resultante das regras distributivas do ônus da prova que, para parte da doutrina, devem ser voltadas às partes, durante todo o trâmite processual, que têm o dever fixado em lei de embasar seus fundamentos de direito nas provas que entenderem pertinentes, a fim de convencer o órgão julgador. Por outro lado, renomados doutrinadores entendem que as regras relativas à divisão das cargas probatórias devem ser dirigidas ao magistrado, que delas se valerá apenas ao final da instrução, quando ainda restarem dúvidas a respeito da veracidade dos fatos alegados pelas partes, oportunidade em que se valerá da descrição legal para decidir contrariamente àquela parte à qual cabia o encargo e dele não se desincumbiu.

Sustentando a ideia das regras do ônus da prova em seu aspecto objetivo, como regra de julgamento, nos ensina Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2004, p. 424-425), a saber, que, como o juiz “[...] tem o dever de julgar, a sentença será dada com base no ônus da prova. O juiz então se perguntará a qual das partes incumbia fazer a prova. Se era ao autor, e ele não o fez, a demanda será julgada improcedente; se era ao réu, será procedente”.

Para referido autor, as regras de distribuição do ônus devem ser tidas como diretrizes de julgamento, amparando o magistrado toda vez que este se deparar com uma situação de insuficiência probatória, que poderá se valer do disposto no código processual para fins de decidir a demanda.

Na visão de Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira (2010, p. 78) a regra do ônus da prova tem aplicação subsidiária e se aplica sob seu aspecto objetivo (regra de julgamento), sendo que somente merecerá destaque quando, no momento final da instrução, oportunidade em que o juiz deverá produzir sua decisão, surgir situação de incertezas ou deficiências probatórias capazes de impossibilitar o julgamento em decorrência do estado de dúvida em que se encontra o magistrado.

E isso porque nos casos em que os fatos alegados e suas respectivas provas se encontrem em perfeita sintonia, ou seja, devidamente sustentados, possibilitando ao juiz formar uma convicção clara para o deslinde da demanda, sem insurgência de dúvidas ou incertezas, faz-se desnecessária a aplicação da regra de distribuição do ônus, como regra de

juízo, uma vez que vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da comunhão das provas, que confere ao juiz o poder de analisar todas as provas produzidas nos autos em busca da verdade, independentemente de quem a tenha trazido ao maquinário processual, já que os litigantes têm o dever de colaborar para a conclusão efetiva do processo, alcançando-se a justiça (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 160-161).

José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 116), também simpatizante dessa corrente entende ser correta a aplicação das diretrizes previstas no artigo 333 do código processual como regras de julgamento. Explicita o autor que o juiz, amparado pelo artigo 130 do mesmo diploma legal¹³, têm o dever de auxiliar no transcurso do processo para que sua decisão se aproxime ao máximo da verdade dos fatos e, somente ao final, ao tempo do julgamento, para evitar o *non liquet*, após terem sido esgotadas todas as formas de se alcançar a clareza das afirmações sustentadas, é então que deverá se valer das regras de distribuição, caso ainda persistam dúvidas ou as provas se mostrem deficientes.

Nesse caso, o juiz deverá decidir o processo aplicando as regras previstas, onerando a parte a quem incumbia a prova do fato por não tê-la feito ou por tê-la produzido de modo insuficiente.

Também são adeptos dessa corrente os processualistas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 531) ao afirmarem que o sistema legal estabelece quem deverá assumir o risco de não produzir a prova e não quem deverá realizá-la.

Pode ser citado ainda como simpatizante da regra acima o doutrinador Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 49), que prescreve o seguinte:

[...] não incidem no início do processo, de forma a apresentar às partes como devem comportar-se, senão ao final, quando do julgamento da causa - ou, excepcionalmente, em outro momento processual, por ocasião da análise de alguma liminar requerida - quando exauridas as formas de tentar obter a prova de todos os fatos relevantes ao processo.

Também nessa entoadada leciona o professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2004, p. 429):

¹³ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Ocorre quando a lei permite que o juiz, ao proferir o julgamento, altere as regras legais de distribuição do ônus da prova. É o que dá no Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 6º, VIII, permite inverter o ônus da prova em favor do consumidor sempre que, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

O doutrinador Barbosa Moreira (1988, p. 74-75) elucida bem o verdadeiro sentido do ônus da prova em seu aspecto objetivo, conforme segue transcrição abaixo:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material).

Por outro lado, José Manoel de Arruda Alvim (1996, p. 429) destaca que “as regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes do ponto de vista de como se devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória”.

No mesmo sentido Vicente Greco Filho (1996, p. 203) entende que o ônus é dirigido somente às partes, tendo o juiz apenas o dever de decidir.

Da mesma forma Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (1998, p. 168) preleciona que o ônus da prova no âmbito subjetivo “identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor”.

Para referidos doutrinadores as partes, desde o início da relação jurídica processual, têm conhecimento de que são as responsáveis pela produção das provas pertinentes aos seus interesses, eis que aludida incumbência vem descrita na norma processual geral e, portanto, desde já devem se desincumbir desse encargo, a fim de garantir sustentabilidade à decisão final do juiz, que se baseará no arcabouço probatório.

Assim, diante dessas discussões, importante agora será tratar sobre a possibilidade de inversão desse encargo e suas possíveis consequências.

4.5 Inversão do Ônus da Prova: *Ope Legis* e *Ope Iudicis*

Conforme dito alhures, percebe-se que nosso legislador foi categórico em prescrever as regras de distribuição do ônus da prova no artigo 333 do código processual, colocando-as de forma estática para orientarem o deslinde do processo.

No entanto, há na doutrina a discussão sobre a existência de regras de inversão desse ônus, que funcionariam como exceção às diretrizes gerais, mas que também foram instituídas pelo próprio legislativo.

Nesse sentido nos ensina Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 82), quando aduzem a existência de duas divisões a respeito das regras do ônus da prova, assim sendo, a inversão do ônus da prova *ope legis* e a inversão do ônus da prova *ope iudicis*.

A respeito da inversão *ope legis* merece destaque a precisa inteligência a seguir, *in verbis*:

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá a distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 333 do CPC. (DIDIER JUNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2010, p. 82).

Entendem os processualistas que a inversão que decorre da lei prescinde de atuação do órgão julgador, tendo eficácia automaticamente, uma vez que teria ela presunção relativa, ou seja, dependendo de prova em contrário, isentado a parte de sustentar sua alegação por meios probatórios.

O professor Marcelo Abelha Rodrigues (2003, p. 208) cita como exemplo de inversão do ônus da prova *ope legis* o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴, que trata da propaganda comercial enganosa, na qual aquele que dela se beneficia, o fornecedor, patrocinador da publicidade, é quem deve fazer a prova de sua veracidade ou da correção da informação publicitária.

¹⁴ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

No tocante as regras de inversão *ope iudicis* segue elucidativa descrição:

Em casos tais, o legislador não excepciona a regra geral sobre o *onus probandi*, mas abre a oportunidade para que o magistrado, no caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta (ex.: art. 6º, VIII, do CDC). Assim, prevalece, *a priori*, a regra geral do art. 333 do CPC, podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova. (DIDIER JUNIOR, BRAGA, OLIVEIRA, 2010, p. 83).

A inversão *ope iudicis*, ou seja, dependente da convicção do juiz, vem contrapor aquela anteriormente citada, pois aqui, a alteração da regra geral dependerá da análise subjetiva do magistrado, e não será, portanto, imperativa.

Nesses casos, o juiz deverá verificar a necessidade ou não da aplicação das mudanças, desde que preenchidos os requisitos, como ocorre no caso do artigo 6º do código consumerista, que exige a verossimilhança das alegações do consumidor, bem como seja ele hipossuficiente, conforme se verá a seguir.

4.6 Inversão do Ônus da Prova e o Código de Defesa do Consumidor

Em 11 de setembro de 1990 foi editada a Lei 8.078, para o fim de atender exigência constitucional prevista no artigo 5º, inciso XXII¹⁵, da tutela do consumidor. Referida lei recebeu o nome de Código de Defesa do Consumidor e trouxe regras inerentes à relação consumerista, tendo o consumidor como o protagonista principal.

Porém, o que interessa para o presente trabalho é uma das disposições inovadoras trazidas pelo legislador ao editar esta norma infraconstitucional, consagrando o instituto da inversão do ônus probatório em prol do consumidor, mitigando a regra estática e geral prevista no Código de Processo Civil.

¹⁵ Art. 5º. [...]

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...].

O artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor¹⁶ disciplina que é direito básico do consumidor facilitar a defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, a critério do juiz, quando for verossímil sua alegação ou for ele hipossuficiente.

A inovação que mitigou a regra geral tem caráter excepcional, sendo aplicada somente quando, no caso concreto, houver o preenchimento dos dois requisitos legais exigidos, quais sejam, a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de sua alegação.

Nesse sentido segue lição de Humberto Theodoro Junior (2001, p. 143):

Por admitir que, em regra geral, o consumidor é a parte fraca no mercado de consumo, a lei inclui entre as medidas protetivas que lhe são proporcionadas a da possibilidade de inversão do ônus da prova. Mas, o inciso VIII do art. 6º, do CDC, autoriza essa providência apenas quando o juiz venha a constatar a verossimilhança da alegação do consumidor, ou a hipossuficiência segundo as regras ordinárias de experiência.

Verifica-se, pois, que fica a critério do juiz analisar a presença de um dos requisitos e de acordo com a situação decidir pela aplicação ou não da inversão, segundo as regras ordinárias de experiência, ou seja, deve o magistrado se valer de sua experiência social, profissional, cultural, etc., para se chegar a uma conclusão, tratando-se, pois de inversão *ope iudicis*.

Sobre a expressão em destaque acima leciona Hélio Tornaghi (1989, p. 291):

Tais regras podem provir da observação e da vivência cotidianas comuns aos homens médios, ou decorrer do conhecimento de uma ciência, arte ou técnica. No primeiro caso, não são objeto de prova, pois não é preciso demonstrar o que todos sabem; no segundo caso é necessário o pronunciamento dos entendidos, o que não é propriamente meio de prova, mas orientação para o entendimento dos fatos e de suas alegações.

¹⁶ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[...].

Referida previsão legal prestigia a proteção do consumidor, com o escopo de possibilitar ao menos um equilíbrio na relação jurídica, eis que geralmente existe grande disparate econômico ou técnico entre as partes na relação de direito material.

Para Fredie Didier Junior, Paula Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 83), a regra da inversão do ônus da prova prevista no código consumerista trata-se de regra de atividade, de processo, ou seja, como depende da atividade intelectual do magistrado em analisar a necessidade de sua aplicação ao caso concreto, ante o preenchimento de seus requisitos, deverá ele manifestar sua decisão no transcurso do processo, durante sua instrução, a fim de possibilitar à parte a oportunidade de se desincumbir de um encargo que eventualmente venha a lhe ser imposto, garantindo-lhe oportunidade de defesa.

Também são adeptos desta corrente Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 06-07) e Eduardo Cambi (2006, p. 418).

No entanto, existem diversos autores que entendem se tratar de regras de julgamento, como o fazem Kazuo Watanabe (1998, p. 735), Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 82-84) e João Baptista Lopes (2007, p. 50-51).

Retratando essa posição merece transcrição o trecho abaixo dos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Junior (2011, p. 07):

[...] Não lhe caberá decidir, nessa fase processual, a respeito da inversão do ônus da prova, mesmo porque uma decisão a respeito exige juízos provisórios de verossimilhança sobre os fatos da causa, que o magistrado não deve antecipar, sob pena de estar praticando o prejulgamento da causa, e também porque esses juízos, como é cediço, têm caráter dinâmico e podem se alterar ao longo do processo, com a colheita de novas provas e novos indícios, que irão se acrescentando ao material existente na fase inicial do processo. Ao fazer a fixação dos pontos controvertidos da causa e das provas necessárias, poderá o juiz esclarecer sobre as regras de distribuição dos ônus da prova, fixadas em abstrato pelo ordenamento jurídico, e sobre as consequências de sua inobservância, e não *decidir* sobre quem deve recair os ônus da prova, ou *fazer desde logo a inversão* dos ônus estabelecidos na lei, mormente quando essas definições supõem um juízo provisório de verossimilhança.

Para eles o juiz deverá se pronunciar a respeito da inversão somente no momento da sentença, já que se encerrara o momento processual adequado para as partes produzirem suas provas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também vem sendo delineada nesse sentido, conforme se observa do acórdão do REsp nº 422.778-SP, da Ministra Nancy Andrighi (GRINOVER, WATANABE e NERY JUNIOR, 2011, p. 12).

Por fim, entende Kazuo Watanabe (2011, p. 12) que deverá o juiz, quando do despacho saneador ou da audiência preliminar informar às partes que a regra prevista no código consumerista poderá vir a ser aplicada no momento da sentença, para que futuramente seja rechaçada qualquer tese de cerceamento de defesa, o que demonstra que referida matéria poderá ser declarada de ofício.

A inversão do ônus da prova aqui analisada tem total integração com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois esta regra explícita no Código de Defesa do Consumidor consagra a inovação, em parte, no nosso ordenamento jurídico, uma vez que ela permite ao magistrado diante da análise do caso concreto, alterar o ônus da prova, para o fim de dar equilíbrio à relação jurídica.

Comentando sobre o assunto Eduardo Cambi (2011, p. 677) leciona o seguinte:

Com a distribuição dinâmica dos ônus probatórios, os mesmos benefícios atribuídos aos sujeitos da relação de consumo poderão ser estendidos àqueles que integram outros vínculos em que a posição – social, econômica, política, hierárquica etc. – de um dos litigantes seja superior a do adversário, inibindo ou dificultando o exercício do direito constitucional à prova.

Embora nosso legislador tenha aberto a exceção apenas para a relação consumerista, seria lamentável entender que somente a ela se aplicaria. Na visão de Robson Renault Godinho devemos realizar uma interpretação desta regra sob o âmbito constitucional e, sua restrição às situações de consumo levaria a uma nítida inconstitucionalidade, pois “[...] a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo” (GODINHO, 2009, p. 723).

Por isso, a distribuição dinâmica do ônus vem sustentar a necessidade da expansão desse entendimento a toda relação jurídica processual.

4.7 Poderes Instrutórios do Juiz

O poder instrutório do magistrado decorre da redação estampada no art. 130 do Código de Processo Civil, o qual reza que as provas necessárias à instrução do processo deverão ser determinadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Nosso legislador infraconstitucional prestigiou o princípio constitucional do devido processo legal, que prevê a necessidade de um processo justo e efetivo, garantidor da verdade.

Ao conferir ao juiz o poder de participar ativamente da relação jurídica processual, não lhe tirou a imparcialidade ou até mesmo a inércia, visto que o que se espera é a busca mais próxima da verdade dos fatos, independentemente para o juiz quem é que sairá vencedor ou perdedor, pois ao determinar a produção de determinada prova ele desconhece qual fato dela poderá advir (MARQUES, 2006, s.p.).

Assim nos ensina Roberto Godoy de Mello Marques (2006, s.p.):

A iniciativa oficial em matéria probatória não representa empecilho à imparcialidade. Quando o juiz determina que se produza uma prova não requerida ou reinquire testemunha arrolada por uma das partes, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, como tampouco sabe que parte será favorecida por sua produção.

De forma nitidamente saudosa e esclarecedora, merece transcrição a lição de José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 108) ao dispor que “não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?”.

Sustenta aludido autor que compete à parte, valendo-se do seu direito ao contraditório, por meio de seus meios eficazes de persuasão influir no convencimento do julgador a partir da prova produzida. E, ainda, aduz que o dever de motivar suas decisões retira do juiz qualquer ideia de imparcialidade, já que seus argumentos estarão sustentados por provas reais, concretas, constantes dos autos (BEDAQUE, 2001, p. 109).

Na visão de Moacyr Amaral Santos (1998, p. 350) essa atuação contributiva do julgador deverá ser feita de forma subsidiária, após a atuação das partes, quando no decorrer da instrução, as provas por elas apresentadas, mostrarem-se insuficientes e ineficazes para se alcançar a verdade dos fatos. Para ele, o magistrado somente deverá intervir ativamente na instrução probatória quando houver “necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não seria possível ao juiz, de consciência tranquila, proferir sentença” (SANTOS, 1998, p. 350).

Referido dispositivo deve ser interpretado em conexão com o da busca da verdade processual e o da cooperação e boa-fé exigidos, para o fim de dar ao direito material, objeto de discussão, o prestígio que lhe é assegurado legalmente.

O processo judicial é o meio utilizado para efetivação das garantias constitucionais da sociedade; é o instrumento de tutela disposto ao cidadão para conseguir a concretização de seu direito e, portanto, conferir ao Estado-juiz o poder de instrumentalizá-lo, quando as partes não conseguem muni-lo de todas as provas necessárias, é uma evolução a muito querida, que acompanha as mudanças da sociedade, abrindo um leque de oportunidades para se alcançar a maior eficácia do meio instrumental (BEDAQUE, 1997, p. 21).

Segue visão de José Roberto dos Santos Bedaque (1997, p. 21) nesse sentido:

O processo não é um mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária “identidade ideológica entre o processo e direito substancial”, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos. Nessa concepção axiológica de processo, como instrumento de garantia de direitos, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e justiça.

De se considerar que o Estado não pode ser indiferente às necessidades da sociedade, muito pelo contrário, deve ele, como órgão supremo e maior interessado na pacificação coletiva, inovar-se e buscar formas suficientes e equilibradas de promover a harmonia social.

No entanto, isso não significa retirar das partes o direito à produção da prova. Como já dito acima, esse poder conferido ao juiz vem em caráter subsidiário, que somente deverá ser exercido quando as provas trazidas forem incapazes de corroborar para a elucidação dos fatos alegados.

Nos prescreve Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 483) que o juiz, ao tomar para si a determinação de uma prova necessária a ser trazida aos autos, deve se atentar a alguns fatores, como o tempo que já se gastou com o processo, os valores envolvidos no litígio, a condição das partes e seu respectivo comportamento no decorrer da ação, as chances concretas de que as provas venham a ser esclarecedoras de fatos importantes, etc.

Segue transcrição:

Além disso, o juiz deve sempre atentar para todos os princípios juridicamente envolvidos, considerando diversos fatores: o tempo que já se gastou com o processo, os valores patrimoniais e não patrimoniais envolvidos no litígio, a condição das partes e seu comportamento no curso do processo, as efetivas chances de que a prova sirva para esclarecer os fatos, etc. A produção de provas de ofício tem de se mostrar proporcional e razoável em face de todos esses fatores. (WAMBIER e TALAMINI, 2010, p. 483):

Para os autores, o juiz deve se ater a esses fatores para evitar a comodidade das partes de não pleitearem a produção de provas, simplesmente por saberem que tal encargo poderá ser determinado de ofício pelo juiz, isentando-os assim de eventual dever de despesas patrimoniais surgidas com seu requerimento. Consagram a necessidade de o juiz, no caso concreto, sopesando valores e tomando conhecimento de todos os fatores necessários, observar os princípios gerais de direito, dentre eles o da colaboração processual das partes com o Poder Judiciário.

Segundo ressalta João Batista Lopes (2002, p. 74-75), a lei processual não enfraqueceu o princípio do dispositivo, que confere às partes a iniciativa das alegações e respectivos pedidos, consagrado nos arts. 2º¹⁷, 262¹⁸ e 460¹⁹ do Código de Processo Civil, mas tão somente procurou fortalecer o poder instrutório do juiz, concedendo-lhe a faculdade de determinar a produção de provas *ex officio* e o indeferimento das consideradas inúteis.

Na visão do autor, a interpretação dos arts. 130 e 333 do código processual deve ser feita em consonância com outros dispositivos legais, de modo a não atingir o âmbito de atuação das partes, devendo o poder instrutório do juiz atingir somente os fatos

¹⁷ Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

¹⁸ Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

¹⁹ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

controvertidos da lide, não podendo ele atuar introduzindo fato ou fundamento novo, ou ainda modificando a *causa petendi* (LOPES, 2002, p. 74-77).

Para os doutrinadores modernos o princípio dos poderes instrutórios tem íntima ligação com a relação jurídica processual, “segundo o qual compete ao juiz o poder de iniciativa probatória para a determinação dos fatos postos pela parte como fundamento de sua demanda” (BARBIERI, 1999, p. 95). Já o princípio do dispositivo, garantido às partes, refere-se à relação jurídica de direito material, no sentido de que não pode o juiz, versando ela sobre direitos disponíveis, impedir as partes de praticarem atos de disposição de vontade, como a renúncia, transação, etc., cabendo-lhe apenas o dever de prover pela regularidade destes (DIDIER JUNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 24).

Há intensa discussão acerca da compatibilização dos arts. 130 e 333 do CPC, na qual para os autores tradicionalistas, como preleciona José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 116), a possibilidade conferida ao juiz de determinar a realização da prova deve estar em conformidade com as regras de distribuição do ônus da prova. Assim, chegando-se ao final da instrução, se o juiz ainda permanecesse em estado de dúvida face à precariedade das provas trazidas aos autos, não poderia ele determinar a produção daquela que entendesse necessária para seu esclarecimento, dando complementação à instrução, devendo a parte faltosa arcar com sua omissão. Portanto, o art. 333 seria uma limitação imposta ao art. 130 do código processual, restringindo a atuação do juiz.

Por outro lado, a doutrina moderna tem arguido essa necessidade de participação ativa do juiz na relação processual, de forma a consagrar o princípio do acesso à justiça. Para eles essa participação do magistrado confere a possibilidade de promover uma igualdade jurídica entre as partes do processo, que muitas vezes por falta de condições econômicas ou culturais se veem impossibilitadas de garantirem suas argumentações (MOREIRA, 1984, p. 52-53).

Segue lição, *in literis*:

Entretanto, o mais valioso instrumento “corretivo”, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar *ex officio* iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que ao exercê-los, não se “substitui” às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prática, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldades de obter o patrocínio de advogados

mais capazes e experientes. Ressalta com isso, a importância social do ponto. (MOREIRA, 1984, p. 52-53).

Assim, conclui-se que a possibilidade de aplicação desse poder instrutório conferido ao magistrado deve vir consubstanciada nas normas constitucionais e infraconstitucionais, devendo ser interpretado à luz de todo o ordenamento jurídico, adotando como critério a interpretação sistemática, que visa a fomentar uma análise de todo o sistema que vige o direito envolvido, permitindo assim a solução justa do litígio e a garantia da eficácia processual, consagrando o postulado normativo da proporcionalidade.

4.8 Princípio do Dispositivo (ou da Inércia) e o Ativismo Judicial na Prova

O princípio do dispositivo vem expresso no art. 2º do Código de Processo Civil, ao dizer que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

No sentido classista, como ensina Ovídio A. Baptista da Silva (1998, p. 59) este princípio tem sido aquele por meio do qual o juiz deve decidir a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, impedindo-o de buscar fatos não referidos e cuja prova não tenha sido postulada.

Com maestria explicam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 67-68):

O princípio dispositivo (ou da inércia) é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, aquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina lide) trazida a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (= provocação) do interessado.

Ou seja, o magistrado estaria adstrito às alegações das partes e às provas por elas trazidas. Daí se dizer que existem duas derivações deste princípio: a) princípio da demanda; b) princípio da congruência ou adstrição (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 30).

Segue explicação do autor:

Pelo primeiro, só se reconhece à parte o poder de abrir o processo: nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando requerida pela parte (CPC, art. 2º), de sorte que não há instauração de processo pelo juiz *ex officio*. Pelo segundo princípio, que também se nomeia como princípio da adstrição, o juiz deverá ficar limitado ou adstrito ao pedido da parte, de maneira que apreciará e julgará a lide “nos termos em que foi proposta”, sendo-lhe vedado conhecer questões não suscitadas pelos litigantes (art. 128). (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 30).

No entanto, referido princípio não foi recepcionado com amplitude por nosso legislador. Os arts. 130 e 262 do CPC tratam da atuação ativa do juiz dentro da relação jurídica processual e do impulso oficial do processo, respectivamente, dando abertura para uma visão mitigada do princípio dispositivo após instaurada a ação, já que agora veio para o âmbito do direito processual, tornando-se interesse público na solução justa da lide (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 30).

Assim, embora a iniciativa da demanda dependa das partes, privilegiando o princípio do dispositivo, uma vez posta em juízo, torna-se de interesse público, permitindo ao magistrado interferir, com prudência, na produção das provas e impulsionando os autos de ofício, consagrando o ativismo judicial (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 30).

Quando começou a se difundir a ideia da atuação ativa do órgão julgador no decorrer da instrução processual, surgiu então a discussão a respeito dessa mitigação do princípio dispositivo e, portanto, alguns doutrinadores passaram a adotar a natureza do direito material tutelado no processo como critério de diferenciação e limitação ao poder instrutório do juiz. Assim, se o direito material objeto da demanda fosse disponível, as partes teriam ampla liberdade para dele dispor, de modo que o juiz não poderia interferir na produção da prova. Ao contrário, referindo-se a direito indisponível, é livre a atuação do magistrado pela busca da verdade (MERGULHÃO, 2010, p. 122-123).

Nesse sentido segue inteligência de Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 122-123):

Uma das conclusões que vêm se mantendo é que, apesar da evolução a que foi submetida a ciência processual, a natureza do direito substancial influencia a relação processual, ou seja, os poderes do juiz na produção da prova dependem da natureza do direito material em discussão, se o direito for indisponível, o juiz deve ir em busca da verdade real, caso contrário deve conter, contentando-se com a verdade formal, a exemplo do que ocorre com o direito penal.

E mais adiante continua:

Há quem reconheça que o problema da iniciativa da instrução não pode ser reduzido ao problema da natureza do direito material, embora entenda que a disponibilidade das provas dependa do direito subjetivo discutido, porque existe um interesse público no reconhecimento dos direitos subjetivos, na obtenção de uma justa definição da controvérsia, acarretando a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, independentemente da natureza do direito (MERGULHÃO, 2010, p 123-124).

Seguindo esse entendimento leciona José Roberto dos Santos Bedaque (1991, p. 87), ao dizer que a natureza jurídica do direito material não importa, uma vez que o processo é instrumento da atividade jurisdicional do Estado e, portanto, é irrelevante a matéria nele tratada, se de direito civil, penal, disponível ou indisponível.

Para o autor o interesse maior do Estado com a instauração da ação é a verdade substancial, independentemente da matéria ali travada.

Complementando esse entendimento ensina Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 124):

O interesse do Estado reside no fato de que a decisão deve retratar a realidade, ainda que o objeto do processo seja disponível, pois somente assim a jurisdição alcançará seu resultado, na plenitude, ou seja, a correta aplicação da norma, que proporciona a verdadeira paz social.

Também nesse sentido tem entendido os ilustres doutrinadores José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 237), Cândido Rangel Dinamarco (1987, p. 67) e Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 66). Segue transcrição deste último:

O juiz moderno, portanto, ciente de sua responsabilidade, deve participar ativamente do processo. Entende-se, na linha da evolução ocorrida, que o princípio dispositivo não tem qualquer ligação com a instrução da causa, mas apenas com as limitações impostas ao juiz, em razão da disponibilidade do direito (MARINONI, 1999; p. 66).

Para alguns doutrinadores, como E. D. Moniz Aragão (1985, p. 101) essa atividade instrutória do juiz seria supletiva, ou seja, o magistrado somente deverá interferir

quando se encontrar diante de um estado de dúvida, que o torne incapaz de decidir com eficiência e justiça.

Para ele “O art. 130 (...), faculta ao julgador amplo poder de iniciativa em matéria probatória, conquanto não autorize, no uso desse poder, a substituir-se ao litigante, fazendo-lhe às vezes, o que comprometeria sua imparcialidade; a atuação deve ser subsidiária” (ARAGÃO, 1985, p. 101).

Ao contrário, Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 128) entende ser possível ao juiz a produção de qualquer prova, desde que relacionada à causa de pedir posta em juízo.

Dessa forma, forçoso concluir que o poder instrutório conferido ao juiz prestigia seu ativismo judicial e, portanto, deve ele ser exercido no dever de alcançar uma verdade real e possibilitar uma solução justa, uma vez que a sua omissão poderia implicar no desrespeito ao princípio constitucional do devido processo legal, que prevê a exigência de um processo justo, eficaz e célere.

Conforme alega José Carlos Baptista Puoli (2002, p. 26), “A disposição do direito material alegado ou ‘princípio dispositivo’ não mais deve ser tomado como justificativa para uma defesa intransigente de uma atitude passiva do juiz no desenvolvimento do processo”.

A atuação do juiz não pode ser obstaculizada sob o fundamento de disponibilidade do direito tutelado no processo, eis que o interesse maior deve ser almejado, qual seja, o interesse público, que outorga ao magistrado um poder/dever de agir em prol da sociedade.

5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O instituto do ônus da prova no processo civil vem recebendo os contornos da teoria da distribuição dinâmica, por meio da qual se sustenta a possibilidade de inversão do ônus de determinada prova, quando se estiver diante de uma situação de hipossuficiência por uma das partes e melhores condições apresentadas pela parte contrária. Por isso, aludida “inovação” jurídica será objeto de nosso estudo.

5.1 Definição

Dinamizar, em sentido literal, é agilizar, ativar, dar energia, eficiência, agir. É o oposto da passividade (BUENO, 1996, p. 214).

Já a distribuição nada mais é do que repartir, espalhar, partilhar, separar em partes, fragmentar (BUENO, 1996, p. 218 e 568).

Assim, a harmoniosa união entre distribuir e dinamizar no aspecto processual aqui explicitado resulta na ideia de justiça, proporcionando a distribuição dinâmica do ônus probatório.

Nosso legislador foi categórico em expor de maneira estática o sistema de distribuição das provas no processo civil, porém, como é de conhecimento geral, a lei não pode prever todas as situações reais do cotidiano societário que por ventura venham a ocorrer. E é por força dessa omissão aceitável que vem se desenvolvendo a teoria das cargas probatórias dinâmicas, cuja aplicação não visa excluir a regra geral, mas tão somente complementá-la (CREMASCO, 2009, p. 73).

A distribuição dinâmica do ônus da prova visa atender ao anseio humano por justiça, implementando a harmonia entre direito material e processual, impedindo que este último receba maior valor.

Por meio dela sustenta-se a possibilidade de, em cada processo separadamente, analisando as circunstâncias do caso concreto, poder o juiz dinamizar no momento da

distribuição do encargo da prova, para o fim de garantir eficiência probatória (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 191). Através dela enfatiza-se a ideia de que a preocupação se volta para “a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do Poder Judiciário.” (CREMASCO, 2009, p. 72).

A dinamização aqui está voltada para o desprezo parcial de certas regras técnicas, que por vezes venham a mitigar o direito material, garantindo-se uma análise fática, axiológica (CAMBI, 2006, p. 342).

Sobre essa teoria leciona Humberto Theodoro Junior (2010, p. 191):

Conforme as particularidades da causa e segundo a evolução do processo, o juiz pode deparar-se com situações fáticas duvidosas em que a automática aplicação da distribuição legal do *onus probandi* não se mostra razoável para conduzi-lo a uma segura convicção acerca da verdade real. Num quadro como este, construiu-se a teoria da *distribuição dinâmica* do ônus probatório. Segundo esta nova aceção, o juiz deve imputar o encargo de esclarecer o quadro fático obscuro à parte que, na realidade, se acha em melhores condições de fazê-lo.

Essa teoria propõe a flexibilização das regras do *onus probandi*, permitindo ao juiz, em situações excepcionais, alterar o encargo probatório inicialmente devido por uma das partes para aquela que efetivamente tenha mais facilidade na sua colheita e apresentação, vez que dispõe de meios técnicos, profissionais ou fatídicos que lhe asseguram essa produção (GODINHO, 2009, p. 726):

[...] significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações (GODINHO, 2009, p. 726).

Comentando sobre a flexibilização procedimental para o fim de prestigiar o direito material tutelado no processo Fernando da Fonseca Gajardoni (2008, p. 86) leciona:

Daí por que a absoluta rigidez formal é regra estéril e que dissipa os fins do processo, que é o de oferecer em cada caso, processado individualmente e conforme suas particularidades, a tutela mais justa. A preocupação do processo há de se ater aos resultados, e não com formas preestabelecidas e engessadas com o passar dos séculos. [...] Ademais, as variações procedimentais implementadas por determinação judicial poderão ser controladas pela finalidade e pelo já citado contraditório obrigatório, bem como pela possibilidade de reexame da decisão em se recursal, até

porque as alterações do iter padrão ordinário, sumário ou especial – que como tal devem continuar a reger os processos em que não haja necessidade de variação ritual – deverão ser precedidas de convincente motivação pelo órgão condutor do procedimento.

Para o autor seria precário impedir que o magistrado procedesse à alteração de procedimento, tão somente para prestigiar simples formalidade processual, mitigando o direito material em destaque.

E, mais a frente ele prossegue dizendo que são necessários alguns requisitos para a ocorrência dessa flexibilização, sendo eles, a finalidade, que pode estar ligada ao direito material tutelado, com a higidez e utilidade do procedimento ou, ainda, com a condição da parte para proteger a hipossuficiência e o equilíbrio da relação jurídica; o contraditório útil, pois é por meio dele que as partes poderão ter conhecimento, participar e influir na decisão do julgador, evitando o desprestígio da segurança jurídica e ampla defesa; e, por fim, a motivação da decisão judicial, a fim de permitir o controle posterior da legitimidade do pronunciamento (GAJARDONI, 2008, p. 87-94).

A teoria da distribuição dinâmica estaria fundamentada nessa necessidade de flexibilização de regras, quando houver ofensa ao direito material, proporcionando ao juiz atuar para promover o equilíbrio entre as partes.

De maneira objetiva Kazuo Watanabe (2011, p. 06) conceitua a teoria da dinamização da seguinte forma:

Para a *teoria da carga dinâmica da prova* o que importa, em determinadas situações, não é tanto a posição processual das partes ou seu interesse jurídico em ver admitido o fato probando, mas sim a maior facilidade em sua demonstração, pelo domínio de conhecimentos científicos ou técnicos ou pela detenção de informações sobre os fatos da causa. A teoria não desconsidera por completo as regras gerais de distribuição do ônus da prova. O que procura fazer é flexibilizar essas regras, adaptando-as às peculiaridades do caso concreto e às especificidades das partes litigantes, tornando mais efetiva e justa a tutela jurisdicional.

O maior precursor dessa teoria, para muitos estudiosos do direito, foi o argentino Jorge Walter Peyrano, quando da publicação de seu artigo *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, em 1981²⁰, com o escopo de promover a igualdade entre as partes processuais, para amenizar a situação da vítima que se via impedida de provar a

²⁰ GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de Distribuição do Ônus da Prova e de Efetivação do Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2011.

responsabilidade civil subjetiva do médico, que, no momento de um ato cirúrgico teria agido com culpa. A capacidade probatória do caso vê-se toda estampada nas mãos do requerido, já que a vítima encontrava-se no momento do ato, anestesiada (RAMBALDO, 2004, p. 27). Nessa situação a parte que melhor tem condições de provar a verdade é o profissional, vez que munido de maiores elementos probatórios. Cabe a ele demonstrar que agiu conforme a praxe. Permitir-lhe o sucesso da causa, por falta de possibilidade probatória da outra parte, seria o mesmo que contrariar os valores constitucionais de nosso ordenamento. A simples omissão aqui seria o suficiente para ganhar o litígio, face a incapacidade da parte adversa em provar suas alegações (RAMBALDO, 2004, p. 27).

Percebe-se que foi com base nessa injustiça provocada pela desigualdade técnica, profissional, etc., que se enfatizou a importância da teoria ora sustentada, para o fim de garantir à parte hipossuficiente no tocante à produção da prova, o direito de se ver protegida pela eficiência do mecanismo processual, capaz de trazer a verdade à tona, uma vez esta deve prevalecer, conforme exigência expressa do art. 339 do Código de Processo Civil²¹.

Nesse ponto surgiram muitas discussões a respeito da produção de provas contra si, mecanismo vedado em nosso ordenamento jurídico, como ocorre na justiça criminal, por força do Pacto de São José da Costa Rica, assinado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 (GOULART, 2010).

Sobre esse aspecto merece transcrição a lição de Suzana Santi Cremasco (2009, p. 108-109):

[...] a distribuição dinâmica do ônus da prova não necessariamente levará a parte produzir prova contra ela mesma. Pode ser que sim, como pode ser que não. Em caso afirmativo, está-se aqui diante de um conflito de interesses: o interesse individual do litigante em não produzir uma prova contra ele mesmo (e a ele é dado não fazê-lo, pois o deslocamento do ônus não impõe, de per si, que a prova seja efetivamente realizada), o interesse individual do outro litigante que veio a juízo reclamar uma dada pretensão e que deseja efetivamente obtê-la e, ainda, o interesse da coletividade de que o resultado das decisões emanadas pelo Poder Judiciário sejam condizentes com a verdade dos fatos, capazes de atuar no mundo concreto e produzir todos os resultados a ela inerentes. Nesse conflito da mudança de paradigma experimentada pelo Direito e pelo Processo nos dias atuais, é, a meu ver, o interesse da coletividade que deve prevalecer sobre o interesse individual [...]

O ensinamento permite perceber que o maior interesse a se prestigiar é o da coletividade, que merece ser presenteada com a verdade dos fatos produzida pelo Poder

²¹ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Judiciário, através da atuação de seus membros e, por isso, é conferido aos julgadores, o poder de modificar o ônus da prova em casos excepcionais, contribuindo pela busca da solução efetiva.

Também é possível concluir que o fato de o ônus ser alterado para a parte que tem melhor condições de produzi-lo não a obriga a trazer a prova aos autos, e, portanto, não se poderia falar em exigência legal de se produzir provas contra si. Como ensina João Baptista Lopes (2002, p. 38) “não existe dever jurídico de provar, mas simplesmente ônus de fazê-lo.”

E, ainda não bastasse, nosso processo civil vem norteado pelos princípios da boa-fé, solidariedade e cooperação entre as partes, que têm o dever recíproco de colaborar pela busca da efetividade e da verdade no processo.

Nesse sentido leciona Eduardo Cambi (2006, p. 342) que a aplicação dessa teoria “promove a isonomia entre as partes, bem como ressalta o princípio da solidariedade, presente no sistema processual, no dever de os litigantes contribuírem para a descoberta da verdade”.

Para a aplicação da regra dinâmica é imprescindível que haja o desapego da disposição geral, deixando de analisar em quais dos polos processuais a parte se encontra (se ativo ou passivo), ou ainda, qual a natureza do fato a ser provado, uma vez que merecerá destaque apenas a facilidade na produção probatória.

5.2 Fundamentos de Aplicação da Teoria no Ordenamento Brasileiro

Atualmente, não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer disposição expressa relativa à aplicação desta teoria no processo civil, o que deu ensejo a muitas discussões a respeito da possibilidade de sua aplicação aos casos concretos e sua respectiva validade.

O nosso código processual prevê no art. 333 a regra estática de distribuição do ônus que, como vimos, distribui o encargo probatório de acordo com a posição em que as partes se encontram no processo, bem como levando em conta a natureza do direito tutelado.

Essa previsão vem explícita na norma infraconstitucional e, portanto, consagra o princípio da segurança jurídica, já que as partes ao adentrarem no âmbito da máquina processual, terão pleno conhecimento de quais serão as consequências em caso de eventuais omissões.

São exceções a essa regra, como já estudado, a disposição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, que permite a inversão do ônus da prova pelo magistrado, nos casos de hipossuficiência ou verossimilhança da alegação do consumidor, ou ainda, naqueles casos previstos no parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil²², que permite às partes modificarem o ônus nos casos que envolvam direitos disponíveis.

No entanto, como é notório, a lei, que é elaborada pelo poder legislativo, órgão composto por pessoas naturais, constantemente suscetíveis a erros e incertezas, não é capaz de prever todas as situações fáticas possíveis de acontecerem, dando ensejo à criação da ideia de que, em casos excepcionais, onde exista anomia da lei, possa-se o magistrado valendo-se de sua experiência profissional e da análise do caso específico, alterar o ônus probatório, propiciando o melhor desenrolar da lide.

Dessa forma, visando mitigar esse engessamento legislativo, é que se deu enfoque à teoria ora defendida, que encontra respaldo em nossa Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV que prevê o direito fundamental à ordem jurídica justa e efetiva, conforme já esclarecido alhures, segundo o qual a qualquer pessoa é assegurado o direito de recorrer aos órgãos do Poder Judiciário em defesa de direitos, assegurado o acesso material à justiça e à tutela jurisdicional efetiva, que muitas vezes se vê limitada pela rigorosidade procedimental em que se encontra nosso processo.

Também em nosso ordenamento infraconstitucional, mais especificamente nos artigos 125 e 130 do Código de Processo Civil, encontramos respaldo à teoria da distribuição dinâmica, vez que referidos dispositivos preveem a necessidade de tratamento igualitário entre as partes, promovendo a paridade de armas, por meio da atuação do magistrado, que deverá analisar o caso e dirigir o processo, com o intuito de obtenção de uma solução justa e efetiva (GUILHERME, 2011, p. 167).

²² Art. 333. [...]

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

a) recair sobre direito indisponível da parte;

b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Os artigos 14, incisos I e II²³, 17, inciso II²⁴ e 339 do mesmo diploma legal também evidenciam o dever das partes e de todos aqueles que participam do processo, de expor os fatos conforme a verdade, agindo com boa-fé e lealdade, caracterizando o princípio da cooperação ou colaboração no decurso da causa.

Comentando o princípio da lealdade Luiz Rodriguez Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 70-71) dispõe o seguinte:

O comportamento das partes e de todos os envolvidos no processo deve respeitar os preceitos relativos à boa-fé, repugnando ao sistema o comportamento desleal. Se o processo tem como um de seus escopos a realização do direito no caso concreto, não se pode alcançar esse objetivo por meio de trapanças e comportamentos levianos.

E mais adiante continuam:

Ademais, é dever processual da parte, colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 339), dever do qual ninguém se exime. Recorde-se que o escopo do processo não é o de meramente solver pendengas pessoais, mas o de dar razão a quem efetivamente a tem, o que constitui interesse público relevante (WAMBIER e TALAMINI, 2010, p. 483).

E, ainda, Eduardo Augusto Salomão Cambi leciona (2006, p. 342):

[...] a facilidade da demonstração da prova, em razão desses argumentos de ordem técnica, promove, adequadamente, a isonomia entre as partes (art. 125, inc. I, CPC), bem como ressalta o princípio da solidariedade, presente, no sistema processual, no dever dos litigantes contribuírem com a descoberta da verdade (arts. 14, inc. I, e 339 do CPC), na própria exigência de litigância de boa-fé (v.g., arts. 17, 129 e 273, inc. II, do CPC) e no dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça (art. 125, inc. III, e 600 do CPC).

²³ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

[...]

²⁴ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

[...]

II – alterar a verdade dos fatos;

[...].

Como se pode perceber, atualmente, tornou-se indispensável a participação efetiva e solidária de todos os envolvidos no processo, para o fim de se chegar a uma solução mais justa e equilibrada.

Fredie Didier Junior explica essa participação efetiva das partes no processo, principalmente do magistrado, com o fim de atender a um bem comum que é a solução adequada do litígio, conforme transcrição:

O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo as suas dúvidas, pedindo esclarecimento quando estiver com dúvidas e, ainda, dando orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto da atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais e – principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 56).

A incidência desta teoria mostra-se medida absolutamente coerente, visto que por meio dela, todas as vezes em que o juiz se deparar com uma situação de impossibilidade probatória por uma das partes e facilidade na sua produção pela outra, poderá ele alterar as regras pré-estabelecidas promovendo a paridade de armas e atendendo ao interesse social de soluções efetivas.

As regras estáticas previstas no Código de Processo Civil por vezes podem levar a decisões injustas e, nesse caso, estaríamos diante de um retrocesso do direito como função social, retornando aos tempos em que o processo bastava em si mesmo, tornando-se provedor apenas de formalismos impostos e desvirtuando-se de sua essência maior que é a satisfação do direito material.

Na visão de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2009, p. 94) “[...] essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos”.

Complementando esse pensamento, José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 69) preleciona que atualmente “não se admite mais o procedimento único, sem possibilidade

de adequação ao caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo”.

Robson Renault Godinho (2009, p. 727) sustenta que “a fixação prévia e rígida das regras de distribuição pode provocar comportamentos ‘estratégicos’ dos litigantes, o que, em última análise, pode afetar a tutela dos direitos”. E ainda continua o autor:

Aquele que vai ao judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuam a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador (GODINHO, 2009, p. 727).

Dessa forma, diversos tribunais superiores têm aplicado esta teoria a casos concretos, destacando-se entre eles o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, prolatado no dia 31 de agosto de 2007 que aplicou referida inovação num caso envolvendo responsabilidade civil de profissional liberal em decorrência de erro médico, conforme segue ementa:

EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO.

1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada.

2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido.

3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do

membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS.²⁵ (destaquei).

Segue também a ementa do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no dia 17 de setembro de 2008, que demonstra a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como uma realidade brasileira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação civil pública ambiental - Pedido de obrigação de não fazer utilização de fogo em cultivo da cana de açúcar e de indenização por queimada realizada, com cominações - Preliminares de falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido afastadas - Antecipação de tutela não requerida e deferida como liminar cautelar - Descabimento - Ônus da prova a cargo da requerida - Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas que está lastreada na simples ideia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre em melhor condição para produzi-la - Recurso provido em parte apenas para afastar a antecipação da tutela.²⁶

Ainda, no mesmo sentido são os julgados do respectivo tribunal, prestigiando referida teoria:

TELEFONIA - Alegação de cancelamento do contrato. Prova negativa impossível ao consumidor. Seja em aplicação do Código de Defesa do Consumidor, seja em aplicação da teoria da distribuição dinâmica das provas, ônus de demonstrar o efetivo consumo da concessionária Ausência de comprovação. Falta de reunião de extratos de consumo. Verossimilhança da alegação do apelante. Declaração de inexistência do débito. Inscrição negativa em cadastro de proteção ao crédito. Ilegitimidade. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. Apelação parcialmente provida.²⁷

²⁵ Embargos Infringentes Nº 70017662487, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador Odone Sanguiné, Porto Alegre, Julgado em 31 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8033240/embargos-infringentes-ei-70017662487-rs-tjrs>> Acesso em: 02 de abril de 2013.

²⁶ Agravo de Instrumento Nº. 7540835000, Câmara Especial de Meio Ambiente, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Samuel Junior, São Paulo, Julgado em 17 set. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3271459/agravo-de-instrumento-g540835000sp-tjssp>> Acesso em: 08 de abril de 2013.

²⁷ Apelação Nº 76585820118260077, 33ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Sá Moreira de Oliveira, Julgado em 16 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22031486/apelacao-apl-76585820118260077-sp-0007658-5820118260077-tjssp>> Acesso em: 08 de abril de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELA PARTE QUE NÃO REQUEREU A PERÍCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. Construção doutrinária amplamente aplicada pela jurisprudência determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhores condições - Busca da verdade e o processo como instrumento de meio e não de fim. Recurso não provido.²⁸

Constou do corpo do acórdão o seguinte:

Cabe ressaltar que referida teoria não deve ser considerada como espécie de inversão do ônus da prova. Isso porque a parte contrária não assume totalmente o encargo de provar, mas somente de produzir aquela prova que lhe é mais fácil. Dessa forma, no caso em tela, a autora é beneficiária da assistência judiciária gratuita, de modo que seu estado de pobreza e incapacidade de produzir a prova em questão me parece evidente e já reconhecido pelo juízo. Tal teoria é aplicável a qualquer caso, e não somente às relações de consumo. Ainda que assim não fosse, há necessidade de flexibilização das regras, para que possa ser encontrada a verdade e para que questões formais não superem as de fundo.

Por isso, à luz de moderna orientação doutrinária, a produção da prova deve ser carregada à parte que apresente melhores condições de produzi-la, à luz da chamada Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas. Percebe-se que a teoria está também lastreada no direito fundamental de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, bem como em um importante princípio geral do direito processual, o da instrumentalidade das formas.

Assim, ao se atribuir o ônus da prova à parte que tiver melhor condições de produzi-la, se garantirá o acesso à justiça, bem como se evitará a utilização do processo como fim em si mesmo, fazendo com que se atinja, cada vez mais, a sua finalidade de proporcionar a prestação jurisdicional de acordo com a verdade real.

Além disso, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova visa repelir a chamada prova diabólica ou prova impossível. Não é porque a letra da lei processual impõe um ônus a uma das partes, que esta deve ser penalizada, se é possível descobrir a verdade. Se a parte que não tem o ônus possui condições de produzir a prova e apresentar a verdade dos fatos, enquanto a parte que originariamente teria o ônus não dispõe de meios para produzi-la, então se distribui o ônus de forma a se privilegiar a possibilidade de aplicação do direito material.²⁹ (destaquei).

O Superior Tribunal de Justiça também já consagrou a aplicação da teoria aqui referida, conforme se insere do acórdão do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no Recurso Especial nº. 69.309-SC³⁰.

²⁸ Agravo de Instrumento Nº 1566636020128260000, 2ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador José Luiz Germano, Julgado em 04 dez. 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev7/files/JUS2/TJSP/IT/AG_1566636020128260000_SP_1354748850144.pdf> Acesso em: 08 de abril de 2013.

²⁹ Agravo de Instrumento Nº 1566636020128260000, 2ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador José Luiz Germano, Julgado em 04 dez. 2012.

Referido acórdão cita também alguns julgados do respectivo tribunal reconhecendo a aplicação da teoria em comento, conforme segue: Apelação nº 9064684-68.2006.8.26.0000, 8ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Luiz Ambra, j. 04/05/2011, v.u.; Apelação nº 0003535-38.2004.8.26.0408, 26ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 27/04/2011, v.u.; Apelação nº 9203036-40.2005.8.26.0000, 27ª Câm. Dir. Priv., rel. designado Des. Gilberto Leme, j. 05/04/2011, m.v.; Apelação nº 0000467-40.2009.8.26.0397, 26ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 01/03/2011, v.u.; Agravo de Instrumento nº 0405015-36.2010.8.26.0000, 21ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. Itamar Gaino, j. 02/02/2011, v.u.

Também é fundamento de justificativa para aplicação da dinâmica do ônus o princípio da adaptabilidade do procedimento, conforme nos ensina Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 96): “[...] Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade [...]”.

E complementam mais adiante:

[...] o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos [...].

Percebe-se, pois, que o art. 333, CPC não pode ser lido isoladamente, mas à luz dos princípios que informam o processo civil cooperativo e igualitário. Consolida-se, assim, uma visão solidarista do ônus da prova, que viabiliza a justa e adequada tutela do direito material, em superação aos paradigmas individualistas e patrimonialistas. (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 96-98).

O art. 355³¹ do Código de Processo Civil é outra forma de dispositivo expresso que evidencia a adequação desta teoria ao processo civil, pois ele trata da exibição de documentos e coisas determinada pelo magistrado, quando em posse de uma das partes.

Conforme prescrição da norma acima citada, o juiz poderá ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

E, ainda, o art. 359 do mesmo diploma³² dispõe que, ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que o autor queria provar se o requerido não exhibir os documentos ou não fizer declaração de sua impossibilidade ou, também, se a recusa for ilegítima.

Segue inteligência de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 179):

³⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL – Médico – Clínica – Culpa – Prova. Não viola regra sobre a prova o acordo que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo Juiz. Regularidade. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido” (STJ, 4ª Turma, REsp. nº. 69.309-SC, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.1996).

³¹ Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se ache em seu poder.

³² Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I – se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

II – se a recusa for havida por ilegítima.

Porém, deve-se extrair do comportamento processual da parte que não atendeu à ordem judicial consequências jurídico-processuais que possam equivaler ao documento não entregue, conforme estabelece o art. 359 do CPC. O descumprimento da ordem forma uma presunção relativa de verdade, o que equivale à inversão do ônus da prova na sentença – já que a inversão pressupõe que o ônus da prova passa da parte inicialmente onerada àquela que está na posse do meio de prova. Por ser relativa, essa presunção deve ser considerada em face das demais provas existentes nos autos.

Entendem os autores que “... não é possível que a parte que está na posse dos documentos seja beneficiada pelo seu mau comportamento” (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 180).

E ainda continuam afirmando que uma vez dada a ordem e essa não é cumprida pela parte, o juiz não precisa informá-las de que inverterá o ônus da prova, pois isso é decorrência automática do descumprimento (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 180).

Também nesse sentido está o art. 231 do Código Civil³³, que prescreve que aquele que se recusa a fazer exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Segue orientação de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 183):

Se a parte tem o ônus da prova não pode ser prejudicada pelo comportamento negativo da outra, a constatação de recusa injustificada implica na admissão de que o fato que a perícia visava demonstrar não mais precisa ser provado pelo titular do ônus. A recusa injustificada deve ser considerada por ocasião da sentença, quando o juiz inverte o ônus da prova, retirando-o da parte que requereu a prova.

Diante desses argumentos percebe-se que, a parte que detenha o ônus e ainda requeira a prova, porém, não tenha condições técnicas, econômicas, profissionais ou físicas de trazê-la aos autos, não pode ser prejudicada por face de sua hipossuficiência, quando completamente ao contrário a outra parte tiver todas as condições possíveis de apresentá-la no processo. E isso porque o interesse processual é público e a prova que se pretende produzir servirá para trazer a verdade, independentemente para o juiz qual delas é que eventualmente se beneficiará com sua apresentação.

³³ Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Não bastasse ainda “A *carga dinâmica da prova* foi expressamente adotada no *Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, no § 1º do art. 12” (GRINOVER, WATANABE e NERY JUNIOR, 2011, p. 06) que dispõe que “o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

E também o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (166/2010) “[...] tratou expressamente do assunto para permitir a distribuição dinâmica do ônus da prova, observados os pressupostos previstos em seu art. 358” (MEDINA, 2011, p. 334).

Conforme redação deste dispositivo percebe-se a consagração de uma inversão do ônus *ope iudicis*, como ocorre com as relações consumeristas, porém, estendendo-se a toda relação processual que se encontre nessa situação.

Aludida regra prevê que o magistrado deverá observar as circunstâncias da causa, as peculiaridades do fato, o contraditório e, ainda, dar à parte a oportunidade para livrar-se do encargo que lhe fora atribuído, tudo em decisão fundamentada.

Para Robson Renault Godinho (2009, p. 727) o magistrado deve se ater aos direitos fundamentais tutelados no processo, dentre eles o acesso à justiça e a igualdade entre as partes, pois estas garantias advêm da Constituição e sempre devem ser observadas pelo aplicador do direito.

Por fim, “a própria justiça trabalhista vem, ignorando a vetusta regra do art. 818 das Consolidações das Leis do Trabalho³⁴, flexibilizando as regras de distribuição do ônus da prova, com o intuito de permitir ao empregado maiores possibilidades de comprovação de suas alegações” (GUILHERME, 2011, p. 181).

Dessa forma, conforme enfatiza o autor Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 183), os princípios processuais constitucionais devem refletir em todo o sistema processual, observando-se o direito à prova e à isonomia das partes e sempre levando em conta o direito material discutido, permitindo ao magistrado, no caso concreto, auferir a necessidade de modificar as regras pré-estabelecidas para o fim de garantir o acesso à justiça, exigência constitucional que fundamenta a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus.

³⁴ Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

5.3 Momento Processual Adequado para a Aplicação da Dinamização

Conforme já discutido alhures quando se falou a respeito das regras de aplicação do ônus da prova, dividindo-o em duas vertentes, objetiva e subjetiva, há divergentes posicionamentos acerca do momento adequado para que o juiz se utilize desses paradigmas.

Alguns autores sustentam as regras previstas no art. 333 do CPC como sendo de caráter subjetivo, traduzindo-se, portanto, em regras de conduta, dirigidas às partes que deverá delas se valer para trazer aos autos as provas que sustentem suas argumentações.

Por outro lado existem aqueles que entendem se tratar de ônus objetivo, voltado para o magistrado, que somente ao final da instrução, quando já produzidas todas as provas, se permanecer em estado de dúvida objetiva a respeito dos fatos, se valerá das regras de distribuição como instruções para o julgamento, indicando qual das partes deverá arcar com essa situação de insuficiência *probandi*.

No que tange à aplicação desta teoria no processo civil surgiram inúmeras discussões a respeito de qual seria o momento oportuno no caso de sua incidência, uma vez que se utilizada apenas quando da prolação da sentença pelo juiz, criaria uma alteração inesperada pelas partes e contrária às regras de procedimento legalmente previstas, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Para Suzana Santi Cremasco (2009, p. 91), o despacho saneador, que abre a fase instrutória, seria a melhor hora para incidir a dinamização do ônus, porque nele o juiz fixaria os pontos controversos e já determinaria as provas a serem produzidas, advertindo sobre eventual desídia.

Momento adequado para a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é, pois, o início da fase instrutória, no despacho saneador, quando o juiz fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que serão produzidas, deverá dizer também qual delas ficará a cargo de cada litigante (CREMASCO, 2009, p. 91).

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2008, p. 337) o melhor momento para a dinamização do ônus é quando da audiência preliminar, quando as

partes poderão dialogar na presença do juiz ou, ainda logo em seguida, por escrito, conforme segue no original:

Em termos processuais, duas são as condicionantes para dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331, CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo (art. 327, CPC) (MARINONI e MITIDIERO, 2008, p. 337).

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 83-84) leciona que a audiência preliminar é o momento adequado para o magistrado esclarecer às partes sobre os ônus de cada uma e orientá-las sobre as possíveis consequências no caso de eventual omissão por uma delas, pois é nesse momento processual que devem ser fixados os limites das provas que deverão ser objeto de produção e qual das partes é que tem o ônus de trazê-la aos autos.

É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las das consequências de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a organização da prova mediante a fixação dos limites de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear. A transparência das condutas judiciais é uma inafastável inerência do *due process of Law* e da exigência do diálogo que integra a garantia constitucional do contraditório: o processo civil moderno quer muita explicitude do juiz e de suas intenções, que são fatores indispensáveis à efetividade do *justo processo*. Por isso, a locução “determinará as provas a serem produzidas” (art. 331, § 2º) inclui a exigência de *esclarecer* as partes sobre seus ônus probatórios. (DINAMARCO, 2001, p. 83-84)

Segundo o autor o dispositivo é expresso no sentido de informar o juiz que deverá neste momento processual (audiência preliminar), quando da fixação dos pontos controvertidos, orientar as partes, esclarecê-las a respeito de seus respectivos ônus, informando-lhes sobre eventuais omissões ao final do processo, no momento da sentença. No entanto, essa orientação não viria numa decisão, mas apenas numa advertência às partes para que participem do processo, uma vez que ao final aquelas alegações iniciais anteriormente entendidas podem se modificar conforme as provas produzidas, o que somente será possível se verificar ao final, quando da prolação da sentença e seria aí que o magistrado se valeria da dinamização (DINAMARCO, 2001, p. 84).

Para José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 120-121) as regras de distribuição do ônus da prova, dentre elas aquela que dinamiza esse encargo, devem ser entendidas como de julgamento e, portanto, aplicadas pelo juiz somente ao final do processo, após a instrução probatória, que será quando terá melhores condições de auferir qual das partes deverá arcar com o peso de eventual incerteza e insuficiência de provas. Reforçando a ideia segue trecho do autor:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz 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 restaram 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 represente a atuação da norma a situação apresentada em juízo (BEDAQUE, 2009, p. 120-121).

A posição adotada pelo autor é muito criticada na doutrina e jurisprudência, principalmente no que concerne à sua aplicação para as regras de dinamização do ônus da prova, primeiramente porque se trata de mecanismo processual que não tem previsão legal expressa, o que feriria o princípio da segurança jurídica, uma vez que flexibilizaria o procedimento legalmente previsto sem sequer antever as partes de sua possível aplicação e, em segundo lugar, porque mitigaria ou eliminaria os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, porque a manifestação do juiz apenas ao final da instrução, tiraria das partes o direito de, após conhecer as regras do jogo, poder delas se valer. (KNIJNIK, 2007, p. 182).

Assim, conclui-se que para alguns autores o momento mais adequado para a distribuição do ônus seja aquele que antecede a instrução, seja no despacho saneador, seja na audiência preliminar, porém, para outros seria apenas quando do julgamento da ação.

No entanto, a preocupação maior de nosso ordenamento é possibilitar às partes o direito do contraditório, por isso, ainda que a regra de distribuição dinâmica seja aplicada pelo magistrado somente após a instrução processual, deverá ele propiciar à parte sobre a qual o encargo recaia, o direito de se desonerar deste ônus. Nesse sentido é o art. 358 do projeto do Novo Código de Processo Civil que será estudado adiante.

5.4 Analisando o Projeto do Novo Código de Processo Civil

Tramita pela Câmara dos Deputados o Projeto do Novo Código de Processo Civil (nº. 8046/2010), o qual propõe expressamente a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao processo civil brasileiro.

O projeto prevê em seu Capítulo XI, Seção I, art. 358 que trata das provas em geral, o seguinte:

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

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

Percebe-se que a intenção do legislador converge com a realidade solidarista do processo civil atual, além de prestigiar princípios constitucionais indispensáveis no âmbito processual.

Referida inovação consagra a possibilidade de alterar o ônus probatório mediante análise do caso concreto, valendo-se o juiz das “circunstâncias da causa” e das “peculiaridades do fato a ser provado”. Portanto, trata-se de uma exceção à regra estática disposta no art. 357 do mesmo documento³⁵ (GUILHERME, 2011, p. 171).

Dessa forma, por se tratar de situação excepcional, todo cuidado deverá ser dispensado pelo julgador quando da tomada de sua decisão, que necessariamente deverá ser fundamentada, expondo os motivos que o levaram a adotar essa providência, a fim de dar validade a seus atos. (GODINHO, 2007, p. 280).

³⁵ Art. 357. 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.

Também é possível obter da redação estampada no projeto que, nesses casos, obrigatoriamente, o magistrado deverá observar a garantia do contraditório para a parte sobre a qual recairá o encargo, validando o devido processo legal.

Portanto, a discussão que se tem a respeito do momento adequado para a dinamização não merece mais prosperar, uma vez que necessariamente deverá ser a parte encarregada presenteada com o direito ao contraditório.

Comentando este dispositivo, Eduardo Cambi (2011, p. 677-678) leciona que “[...] a distribuição dinâmica não pode ser utilizada como *regra de julgamento*, para não causar surpresas e, assim, comprometer as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa”.

O melhor momento seria aquele posterior à instrução, quando o juiz já tomou conhecimento de todas as alegações e provas e se tornou apto a perceber se ainda haverá necessidade de melhores esclarecimentos, sendo que também, na maioria das vezes, será somente nesse momento processual que terá total aptidão para tomar a atitude de flexibilização, uma vez que já se aprofundara nos fatos e circunstâncias do caso.

Este argumento ainda afastaria a tese de que o juiz estaria pré-julgando a causa, porque será perceptível a todos os participantes do instrumento processual e não somente a ele, que ainda restam dúvidas a serem esclarecidas, o que exige a apresentação da prova capaz de saná-las. Portanto, se nesta ocasião perceber que existe determinada prova e que a parte que não teria esse ônus possui condições de trazê-la aos autos, deverá ele agir para apresentar a verdade, e tutelar o interesse público pela solução justa do processo.

Não seria legal, moral ou sequer lógico que o magistrado, percebendo a possibilidade de obtenção da prova que levaria à verdade dos fatos, independentemente de qual das partes esta irá beneficiar, uma vez que deverá ser regido pela imparcialidade, tapasse os olhos e emitisse uma decisão injusta ou incerta.

Ora, o próprio ordenamento jurídico lhe confere o poder instrutório, de controlar e dirigir os atos processuais para atingir o fim de justiça. Sua omissão diante do caso, revelaria nítida situação de desinteresse pelos direitos constitucionais dos cidadãos sob seu julgamento.

Forçoso perceber ainda que o julgador somente poderá realizar a alteração do encargo quando perceber que a parte terá melhores condições de fazê-lo, sob pena de se

prestigiar a chamada “prova diabólica”³⁶, ou seja, aquela impossível ou extremamente difícil de ser produzida, conforme nos ensina Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 12) a respeito dessa denominação dada pela doutrina à prova: “[...] é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”.

Seria absolutamente inútil e injusto se pensar que a alteração teria qualquer lógica quando a parte não tem condição nenhuma de trazer aquela prova ou, ainda, que a parte sobre a qual recaia o ônus possui melhores condições.

Portanto, este é um requisito indispensável a ser analisado e qualquer atitude contrária a essa ideia desvirtuaria a finalidade da dinamização.

E, ainda, vem a redação do projeto de lei reforçar no § 1º, do art. 358, que sempre que o julgador distribuir o ônus da prova de modo diverso, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

Portanto, analisando o disposto nessa inovação legislativa, percebe-se a importância da atuação do magistrado e das partes para o alcance de justiça, que passar a ser-lhes um dever, para o escopo de atender aos fins sociais do processo civil, não desprestigiando sua razão de existir.

Dalmo de Abreu Dallari (2002, p. 80) prescreve que “[...] alguns juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas”.

Ada Pellegrini Grinover exprime excelente lição a respeito da instrumentalidade das formas do processo civil, que tem o escopo de solução do litígio, flexibilizando-se a técnica procedimental, para se alcançar uma solução justa e efetiva:

A técnica processual deve ser vista sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada de modo a servir à solução do litígio. A interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado margem a que um número demasiado de processos não atinjam a sentença de mérito, em virtude de questões processuais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões etc.) (GRINOVER, 2011, p. 30).

³⁶ Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I – [...]

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

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

A respeito da flexibilização procedimental nos ensina Fernando da Fonseca Gajardoni (2008, p. 181-182):

[...] o legislador, como já visto (princípio da adequação), é obrigado a abandonar a ordinariiedade e construir procedimentos diferenciados a atender diferentes situações do direito material. Se ele não o faz, nada impede que o juiz o faça, adequando o procedimento aos valores concebidos na Constituição Federal (princípio da adaptabilidade). [...] Assim, não eleito o procedimento adequado pela lei em vista do direito material ou da situação especial da parte litigante, compete ao juiz, com a constante colaboração das partes e observadas as condicionantes já estudadas, fazê-lo.

Por isso, o magistrado deve ansiar a cada processo, a cada caso concreto que lhe é posto, a cada julgamento, basear-se na verdade, todas as vezes que ela for possível de ser alcançada, preservando-se sua imparcialidade.

Como já fora dito anteriormente, o juiz como órgão controlador do processo tem o dever de estabelecer seus limites e promover a cooperação entre os litigantes.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o arcabouço de argumentos acima explicitados percebe-se que nosso ordenamento jurídico deve corresponder às realidades da sociedade e, conseqüentemente, acompanhar sua evolução, para que não se torne letra morta, desprovida de aplicabilidade.

Por conta dessa análise normativa, restou claro que as normas jurídicas precisam ser analisadas em seu conjunto, prestigiando os princípios, regras e postulados normativos através de uma interpretação sistemática e teleológica, para atender aos fins pretendidos pelo legislador quando da elaboração de todo o sistema normativo.

E assim foi possível perceber que nosso ordenamento tem dado prestígio à busca pela verdade processual baseada nos princípios da solidariedade, boa-fé e cooperação das partes durante o trâmite da ação, bem como com a participação ativa do magistrado adequando o procedimento ao caso concreto.

Por isso, com fundamento nessas premissas é que surgiu a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, que visa possibilitar ao magistrado, durante o percurso processual, analisando as circunstâncias do caso e as peculiaridades do fato a ser provado, alterar o ônus de determinada prova específica, quando perceber que esta poderá levar à verdade das alegações e a parte sobre a qual incidirá a mudança tem melhores condições de realizá-la.

Frise-se que não estamos diante de uma inversão do ônus, uma vez que não ocorrerá a alteração de todas as provas, mas apenas daquela em especial, da qual o juiz perceba a necessidade de produção e a facilidade pela parte adversa.

Também é importante destacar que se a prova se demonstrar impossível ou difícil de ser produzida, a aplicação da teoria não terá incidência, pois perderia sua finalidade.

Apesar de não existir previsão expressa, nossos tribunais e doutrinadores têm admitido plenamente a dinamização do ônus da prova, pois essa alteração conduz a um processo justo, efetivo e completamente lastreado em princípios constitucionais como o do contraditório, ampla defesa, acesso à justiça, igualdade e devido processo legal.

Forçoso destacar também que tramita pela Câmara dos Deputados o projeto nº. 8046/2010 que prevê expressamente a dinamização do ônus da prova *ope iudicis*.

Também restou caracterizada a visualização parcial da dinâmica do ônus em alguns institutos como o Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 6º, inc. VIII, possibilita a inversão do ônus pelo juiz, quando se deparar com a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência do consumidor.

Nesse ponto, a teoria da distribuição dinâmica também tem como fundamento a análise da hipossuficiência de uma das partes, porém, no tocante à produção da prova, decorrente de melhores condições técnicas, profissionais, fáticas, políticas, etc. em que se encontre o outro litigante.

Por fim, é importante ressaltar que existe divergência doutrinária a respeito do momento adequado para a utilização dessa teoria, no entanto, conforme explicitado, percebe-se que deve o magistrado se ater para a intenção do legislador que é de prestigiar as garantias constitucionais, dentre elas o contraditório. Portanto, independentemente de qual seja o momento processual em que a alteração ocorra, o juiz deve possibilitar à parte sobre a qual recaiu o ônus o direito de dele se desincumbir, assegurando o contraditório e fundamentando sua decisão.

Por todo o exposto, conclui-se que a incidência dessa inovação na órbita processual vem como meio viabilização de justiça, consagrando o princípio de uma tutela efetiva e adequada, sem ferir as garantias constitucionais das partes processuais, apenas prestigiando a verdade no processo, que é o interesse maior, pois diz respeito a toda a coletividade, que desse instrumento de vale para fazer valer seus direitos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes; 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales; 2002.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros; 2008.

ARAGÃO, E. D. Moniz. **Direito à prova**. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1985.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Revista Jurídica; 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2004.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2012.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1998.

BARBIERI, Mauricio Lindenmeyer. **Implicações do princípio dispositivo nos poderes instrutórios do juiz**. Rio de Janeiro: Forense; 1999.

BARBOSA, Andrea Carla. et al. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução**. São Paulo: Saraiva; 1984.

_____. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva; 1984.

_____. **Julgamento e ônus da prova. In temas de direito processual.** São Paulo: Saraiva; 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo.** São Paulo: Malheiros Editores; 1997.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2009.

_____. **Os Poderes Instrutórios do Juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais; 1991.

_____. **Os Poderes Instrutórios do Juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.A.; 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros; 1997.

BRASIL. **Bíblia sagrada: Edição pastoral.** São Paulo: Paulus; 1990.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 12. ed. São Paulo: Rideel; 2011.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 12. ed. São Paulo: Rideel; 2011.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. **Recurso Extraordinário nº 579.951-4.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, DF, 20 agosto 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719151/recurso-extraordinario-re-579951-rn-stf>>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70017662487**. Relator: Desembargador Odone Sanguiné, Porto Alegre, RS, 31 agosto 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8033240/embargos-infringentes-ei-70017662487-rs-tjrs>> Acesso em: 02 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 7540835000**. Relator: Desembargador Samuel Junior, São Paulo, SP, 17 setembro 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3271459/agravo-de-instrumento-g540835000sp-tjsp>> Acesso em: 08 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 76585820118260077**, Relator Desembargador Sá Moreira de Oliveira, São Paulo, SP, 16 julho 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22031486/apelacao-apl-76585820118260077-sp-0007658-5820118260077-tjsp>> Acesso em: 08 de abril de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 1566636020128260000**, Relator Desembargador José Luiz Germano, São Paulo, SP, 04 de dezembro 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev7/files/JUS2/TJSP/IT/AG_1566636020128260000_SP_1354748850144.pdf> Acesso em: 08 de abril de 2013.

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. São Paulo: FDT: LISA; 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva; 2008.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva; 2010.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.

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

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva; 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 1. ed. São Paulo: Classic Book; 2000.

CARRAZZA, Antônio. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros; 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Bookseller; 2000.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia: história e grandes temas**. 15. ed. São Paulo: Saraiva; 2000.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos**. São Paulo: Saraiva; 1946.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora; 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM; 2004.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: Jus PODIVM; 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM; 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Jus PODIVM; 2008.

DIDIER JUNIOR, Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM; 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1987.

_____. **O princípio do contraditório. Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1987.

_____. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros Editores; 2001.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2003.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes; 1999.

_____. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes; 2002.

_____. **Questão de princípio.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes; 2001.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso.** Presidente Prudente; 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.A.; 1980.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação.** 6. ed. São Paulo: Atlas S.A.; 2011.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica.** 5. ed. São Paulo: Forense Universitária; 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização Procedimental: Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** São Paulo: Editora Atlas S.A.; 2008.

GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Revista da EMERJ; 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais; 1997.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva; 2004.

GOULART, Sara Fernandes. **Aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro**. Tubarão; 2010. Monografia. Unisul.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva; 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Bases científicas para um Renovado Direito Processual**. 2. ed. Salvador: Editora PODIVM; 2009.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de Distribuição do Ônus da Prova e de Efetivação do Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2011.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor; 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret; 2002.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret; 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris; 1986.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense; 2007.

LETRAS, Academia Brasileira de. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional; 2008.

LOPES, João Baptista. **A prova no direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2007.

_____. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2002.

LOPES, Maria Elizabeth Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2006.

MARCATO, Antonio. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 85, n. 732; 1996.

MARQUES, Roberto Godoy de Mello. **A apuração da verdade e os poderes instrutórios do juiz**. Jus Navigandi. Teresinha, ano 11, n. 1129, 4 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8737>> Acesso em: 8 março 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2013.

_____. **Novas linhas do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores; 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Atlas; 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado: Com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros; 2005.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **A produção da Prova no Direito Processual**. Belo Horizonte: Del Rey; 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas; 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; 1974.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2006.

NÓBREGA, J. Flóscolo. **Introdução do Direito**. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S. A.; 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Juiz e o Princípio do Contraditório**. Revista de Processo; 1994.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **O Direito na bíblia**. São Paulo: Bompastor; 2005.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo; 1998.

PIERRE, Martim. **Dicionário Jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus; 2009.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira; 2002.

RAMBALDO, Juan Alberto. **Cargas probatorias dinâmicas: um giro epistemológico**. In: CARGAS probatorias dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni; 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva; 1990.

_____. **Teoria tridimensional do direito: preliminares históricas e sistemáticas**. São Paulo: Saraiva; 1968.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária; 2003.

ROSSI, Fernando. et al. **O Futuro do Processo Civil no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum; 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva; 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad; 1973.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva; 1998.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva; 1983.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2004.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2007.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Direitos do Consumidor. A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2001.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva; 1989.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais e estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2011.

WATANABE, Kazuo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária; 1998.