

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS E O PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

Marcelo Luciano Pereira da Silva Batista Falcão

Presidente Prudente/SP

2014

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS E O PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

Marcelo Luciano Pereira da Silva Batista Falcão

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues.

Presidente Prudente/SP

2014

CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS E O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

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

Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues
Orientador

Cláudio José Palma Sanchez
Examinador

Gabriel Medeiros
Examinador

Presidente Prudente/SP, 06 de Outubro de 2014.

*A minha mãe,
pelo árduo esforço
para que esse momento
se tornasse possível.
Obrigado.*

*“Não importa o que as outras pessoas falem ou pensem
de você, o importante é que você continue sendo a pessoa
que sempre foi. Se mudar, que seja para melhor”.*

Theodore Roosevelt

AGRADECIMENTOS

O primeiro e indispensável agradecimento se deve aquele que detém o dom da vida, o autor de toda a criação, a quem tudo esta submetido: Deus, pela graça e oportunidade de contemplar, e alcançar, os objetivos até aqui traçados, além de poder vislumbrar os desafios vindouros e querer cada vez mais alcançá-los. Que a sua paz, mansidão e amor, sejam sempre o norte de minha existência.

Posteriormente, e não menos importantes, os que aqui nessa vida puderam de alguma forma me guiar, auxiliar, ensinar o melhor caminho a seguir. Os que no momento de dúvida, dificuldade ou limitação, seja em qualquer área (intelectual, estudantil, etc.), estiveram ao meu lado, apoiando e incentivando o melhor para mim, dentre eles:

Minha mãe, responsável pelo ensino e moldagem do meu caráter. Aquela que com muito amor e carinho, transmitiu-me o melhor que havia de si. Sem ela, nada seria possível. Obrigado por acreditar em mim, mesmo nos momentos mais difíceis e tenebrosos que já vivemos. Essa vitória também é sua, talvez mais do que minha. Obrigado. De também importância os demais familiares que a todo tempo acreditaram neste momento: a concretização de um sonho;

Aos meus amigos de longa data, aqueles sem o qual o desânimo não teria sido superado. Os que, nos momentos de dúvida, estiveram firmes a ser a certeza necessária. Nos momentos de ausência dispusera-se a ser a presença que necessitava. Reservo-me a não citar nomes, a fim de não cometer injustiças, entretanto, os que de alguma forma contribuíram até aqui, o meu muito obrigado;

Aos meus líderes e mestres de quem eu pude aprender algo até aqui. Os que de alguma forma, por menor que ela seja, participaram na afirmação do meu caráter e de minha maturidade. Todos aqueles que, desde o surgimento de minha vida, puderam contribuir com o que hoje sou. Afinal, nós somos o espelho do que já vivemos. Sem as broncas, os conselhos, os ensinamentos e o companheirismo, nada disso seria possível;

A minha banca examinadora, composta pelos profissionais responsáveis por grande parte da minha formação estudantil. Os quais a todo o momento em que solicitados, dispuseram-se a resolver minhas dúvidas, por mais banais que estas fossem. Os que, ora pelo caráter, ora pela capacidade de ensinar, cativar, incentivar e desafiar, foram os que me proporcionaram uma completude em uma das importantes fases da minha vida. A estes, obrigado.

A todos estes, e ainda os que porventura foram esquecidos, oferto-lhes a minha gratidão. Que um dia o Criador me oportunize a possibilidade de retribuir o que até aqui foi ofertado a mim. Que Deus nos abençoe!

Obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de demonstrar o atual perfil das cargas probatórias no processo civil pátrio. Inicia por traçar uma linha cronológica desde os primórdios dos institutos, chegando ao atual momento vivido pelo processo civil brasileiro, passando desde a importância dos institutos estudados, como sua aplicabilidade em toda a história do processo civil. O ápice do trabalho tem o condão de analisar a regra geral de distribuição probatória, a disposição legal e doutrinária acerca do tema, as suas exceções e possibilidades de flexibilizá-los. Os não menos importantes conceitos doutrinários que norteiam os institutos, a sua aplicação ao caso concreto. Excetua-se por apontar erros impregnados ao tema, bem como sugere as devidas mudanças e readaptações. Utiliza os meios possíveis para demonstrar amplamente a situação dos ônus processuais e suas falhas, vantagens e desvantagens ao processo civil brasileiro. Trata-se, *a priori*, de um verdadeiro panorama sobre o tema das cargas probatórias no ordenamento jurídico brasileiro, contando com um enfoque especial no tema da distribuição dinâmica, com a finalidade de entender o instituto, sua natureza jurídica, aplicação ao caso, etc.

Palavras-chave: Prova. Ônus da Prova. Distribuição Dinâmica. Inversão. Prova diabólica.

ABSTRACT

This paper has the primary object demonstrate the current profile of the evidentiary onus in civil proceedings Brazilian. Begins by tracing a timeline at the institutes since the outset, coming to the present moment lived by the Brazilian civil procedure, passing by the of importance of the institutes studied, as its applicability in the history of civil procedure. The culmination of the work has the intention to examine the distribution rule onus in the proceedings civil, and doctrinal legal provision on the subject, its exceptions and possibilities for them render flexible. Also the important doctrinal concepts that surround the institutes, their application to the case concrete. It's different because it points the errors being impregnated theme and suggests the necessary changes and retrofits. Uses means possible to broadly demonstrate the situation of procedural burden of its flaws, advantages and disadvantages to the Brazilian civil procedure. Is initially a true picture of the issue of evidentiary burdens in the Brazilian legal system, with a special focus on the theme of dynamic distribution, in order to understand the institute, its legal nature, to applying to the case, etc.

Keywords: Proof. Burden of Proof. Distribution Dynamics. Inversion. Proof diabolical.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PROCESSO E SUA EVOLUÇÃO	14
2.1 Evolução Histórica do Processo Civil.....	16
2.2 Surgimento e Evolução da Prova Civil	Erro! Indicador não definido.
3 O ATUAL PANORAMA DAS CARGAS PROBATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.	23
3.1 Distribuição Estática do Ônus da Prova.....	23
3.1.1 Aspectos gerais do <i>ônus probandi</i>	23
3.1.2 A Distribuição.....	26
3.2 Inversão/Modificação do Ônus da Prova	29
3.3 Cargas Probatórias Dinâmicas.....	33
3.3.1 Prova Diabólica.....	33
3.3.2 Distribuição Dinâmica do Ônus da prova	37
4 PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	39
4.1 Princípios Processuais.....	39
4.2 Poderes Instrutórios do Juiz.....	41
4.3 A Efetividade da Prestação Jurisdicional	45
4.4 Carga Probatória Dinâmica e o Novo Processo Civil Brasileiro	50
4.5. Carga Probatória Dinâmica e os Direitos Transindividuais	55

4.5.1 Princípios do Processo Coletivo	57
4.5.2 A Questão da Prova.....	62
5 CONCLUSÃO	65
6 BIBLIOGRAFIA	67

1 INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro é dotado de uma enorme carga histórica, que por vezes é desconhecida pelo mero aplicador ou debatedor do direito contemporâneo. Em remotas vezes (como esta, por exemplo) se faz uma análise acerca dos primórdios dos institutos, as fases e modificações que sofreu (e ainda vem sofrendo) o processo civil pátrio.

É extremamente impossível citarmos um instituto contemporâneo sem que nos lembremos de institutos que preexistiram a eles. Todo o ordenamento jurídico atual é calcado na evolução de premissas básicas que permearam o processo civil ao longo de sua história. Em razão disto a importância histórica dos institutos processuais (sem que haja maior apego ao formalismo, ou historicismo) se impõe.

Teremos por responsabilidade, tratar e analisar no primeiro tópico o início e evolução do processo civil, sua fase embrionária e de seus institutos, bem como demais questões importantes que nortearam o processo em sua formação como instituto e sua evolução. Trataremos ainda de todo o processo evolutivo da prova civil, também desde os primeiros passos dados até a chegada ao momento atual que vive o instituto, bem como de suas teorias, regramentos, princípios, etc.

Em um segundo momento, passaremos a análise das questões probatórias que permeiam o atual ordenamento jurídico brasileiro. Debateremos acerca do atual momento que passa o processo civil brasileiro, os institutos atualmente vigentes, as críticas necessárias a eles. Daremos especial atenção ao atual instituto da inversão do ônus da prova, sua definição, as questões que entendemos necessárias ponderarmos e criticarmos, quando necessário.

Ainda no mesmo tópico, tentaremos enfatizar o momento de reformulação de ideias e paradigmas que são postos em discussão dentro do ordenamento jurídico brasileiro (temas estes, tidos anteriormente como dogmas por parte dos clássicos processualistas, que por sua vez ainda relutam em aceitar o

novo modelo de processo civil, por vezes tentando manter o que se anteriormente tinha por correto e absoluto), bem como o tema da inovação nos institutos e teorias práticas do processo.

Trata-se, em verdade, de uma pequena análise crítica ao ordenamento jurídico processual atual, de forma a tecer uma base lógica para o entendimento do conceito de processo civil contemporâneo, bem como as questões de debate deste último tópico.

Por óbvio que o presente trabalho tem por escopo a plena explicação, debate e demonstração da aplicação prática da teoria das cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. Entretanto, tentaremos abordar o tema de forma a demonstrar a imensa dificuldade (ou até impossibilidade) de desvinculação da presente teoria da própria história evolutiva que sofreu o processo brasileiro desde o início de seu estudo até o regramento vigente.

No último tópico, cuidaremos a debater e a entender acerca do novo modelo de processo civil que se mostra em debate atualmente, dentre a qual a distribuição dinâmica do ônus da prova é ferramenta para a busca de um processo civil mais efetivo e eficaz. De forma que chegaremos a discussão acerca do processo civil moderno, das teorias, regramentos, evolução do tema. Analisaremos as questões controvertidas que assombram os debates doutrinários, nem sempre apontando soluções, mas sempre, no mínimo, opiniões. Em síntese, tentaremos destacar o que se vislumbra para o novo processo civil moderno.

Ainda na mesma seara, muito em razão da importância do tema à tese deste trabalho, destacaremos (e por vezes também debateremos) alguns tópicos acerca de processo coletivo, e a respeito de direito de minorias, sua aplicação prática no âmbito da distribuição dinâmica do ônus da prova. Ressaltaremos os princípios e normas que orientam a doutrina processualista coletiva, de forma a tecermos críticas (e também elogios, quando necessários) a respeito destes princípios, no que tange a extensão de aplicação do tema aos casos concretos.

Por fim, por ocasião da conclusão deste tentaremos trazer ao entendimento a objetividade prática da teoria da distribuição dinâmica do ônus da

prova, além da própria necessidade de contemporaneidade que deve recair sobre o ordenamento jurídico processual. Esperamos que a explanação seja suficientemente satisfatória, a ponto de concluirmos ser positiva a aplicação da teoria tema deste ao processo civil prático.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO E DO PROCESSO

O processo civil brasileiro, como qualquer outro instituto jurídico existente, não surge instantaneamente dentro do ordenamento jurídico, bem como não desaparece da mesma forma. Todo instituto passa por uma evolução histórica contextual, formando-se, por vezes, concomitantemente com a própria evolução da história geral.

Percebemos então que ocorre certa evolução não só no direito processual civil e na sua histórica, mas também na teoria geral do direito e os métodos de formação do conhecimento, e de interpretação da ciência jurídica. Constata-se que a formação do conhecido decorre da questão que envolve temas de teoria geral do direito e filosofia jurídica, acrescidos de certa carga histórica.

É o que tentaremos demonstrar neste capítulo.

2.1 Evolução do Direito

A filosofia jurídica, ao debruçar-se sobre o tema, na tentativa de explicar esse fenômeno de construção histórica de institutos, vem através de Miguel Reale, e sua conhecida e difundida teoria denominada “Teoria Tridimensional do Direito”, conceituar por meio de elementos (fato, valor e norma, que veremos adiante), as transformações sociais sofridas pelo ordenamento jurídico.

Bem desenvolvida e propagada pelo jurista brasileiro MIGUEL REALE¹, a Teoria Tridimensional do Direito afirma acerca da possibilidade de que os fatos sociais, decorrentes de condutas individuais ou coletivas dos agentes (fato), sejam capazes de transformar o coletivo social de forma a criar na coletividade uma norma moral (valor), que posteriormente seja positivado em norma jurídica (norma).

¹ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 1994 – São Paulo, 5ª ed., SARAIVA.

Dessa forma, pela concepção de sua teoria, um fato histórico é plenamente capaz de transformar o contexto social, através de mudanças no pensamento moral da sociedade (a normal moral que existe dentro de cada indivíduo) que, por sua vez, pela tensão natural da relação entre fato e valor, dá origem ao resultado norma².

Assim também ocorreu com as diversas sociedades que se sucederam desde os primórdios da existência humana, e também com fatos sociais diversos que implicaram em modificação social, como por exemplo, a normal moral a respeito da discriminação (separação) por raças e etnias culturais. Em razão de fatos sociais coletivos (período de escravidão mundial e brasileira), o subconsciente social passa a normatizar de forma a coibir essas classificações, o que posteriormente passa a categoria de norma jurídica (hoje com status constitucional). Em mesma obra, Reale afirma ainda que essa dialética e elementos, sempre estarão presentes na composição do jurídico em razão de que o direito é nitidamente um '*fato histórico*', ou produto da soma de historicidade e valores morais de uma sociedade.

A teoria consiste em analisar os fatos e acontecimento em três perspectivas: a do *ser*, que consiste em analisar as ocorrências e fatos reais que de fato existem; um grupo de valores e ideias aceitos por determinada sociedade; e por fim um modelo de sociedade (valores e ideias) a ser alcançada, denominado este por *dever ser*. O direito (norma) é sempre o produto de um valor moral, estabelecido no subconsciente social, que por sua vez tiveram por origem um fato social (em razão de que os fatos sempre carregam consigo certa carga valorativa, porque a realidade assim o é) ³.

Uma importante observação que deve ser feita no que tange a Teoria Tridimensional do Direito, é que este nem sempre será o procedimento adotado pela norma jurídica. Isso porque, por exemplo, o descontentamento social em relação a algum tema (fato), não leva necessariamente a mudança normativa a respeito do tema. Veja que, por vezes, a teoria se aplica de forma plena, em outros, não. Isso

² DINIZ, Maria Helena. A Ciência Jurídica. 2001 – São Paulo, 5ª ed., SARAIVA.

³ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 1996 – São Paulo, 17ª ed., SARAIVA.

porque a relação entre fato e norma, não é constante⁴. DWORKIN afirma ainda que a norma sempre teve (e sempre terá) a finalidade de tentar atender objetivos sociais de cada indivíduo específico⁵.

Analisando o direito sobre essas premissas aqui fixadas, mostra-se plenamente possível a percepção dos elementos formadores da norma jurídica, elencados pela teoria da tridimensionalidade do direito. A partir de então, percebe-se que desde os primórdios das sociedades os valores morais, oriundos de ocorrências sociais (individuais e coletivas) são fatores de extrema influência no conteúdo normativo, ou no ordenamento jurídico de uma sociedade (como dito, fato nem sempre permanentes, ou absolutos; mas, sem dúvida, fundamentais). Não seria diferente com os institutos do direito processual civil.

2.2 Evolução Histórica do Processo Civil

O processo teve suas origens precisamente a partir do momento em que se fixou a vedação da autotutela por parte do Estado, com a consequente estabilização do monopólio do Estado no exercício da jurisdição. O Direito de maior estudo e difusão no continente europeu durante o século XI foi o direito romano, de onde se derivaram diversos outros ordenamentos processuais.

As influências romanas se estenderam ao processo civil europeu durante séculos, trazendo influências até mesmo nas ordenações que vigoram no ordenamento processual de Portugal, por época do Brasil colônia. Por consequência disso, se estenderam ao Brasil na ocasião da entrada das Ordenações Filipinas como fonte normativa do Brasil Colônia. Tal legislação teve vigência em território brasileiro até meados do ano de 1850, quando então se criou o primeiro ordenamento brasileiro, o regulamento 737.

⁴ FRIEDE, Reis. Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica. 2002 – Rio de Janeiro, 5ª edição, Ed. FORENSE UNIVERSITÁRIA.

⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 2007 – São Paulo, 2ª edição, Ed. MARTINS FONTES.

Até o presente momento não se vislumbrava um processo civil autônomo ao direito material. Para a época somente se conseguia contemplar um processo civil como ciência aplicadora do direito material, como dizem alguns doutrinadores, como ferramenta de aplicação do direito e nada mais. O direito material era dotado de caráter substantivo (ou essencial), sendo o processo mero procedimento formal, ou meio, para execução do primeiro. A essa fase evolutiva do processo, dá-se o nome de fase imanentista, tendo por principal característica a negação de autonomia do processo civil.

Concomitante, dentro da esfera local, já por fim dessa primeira fase imanentista, ocorre a positivação do Código de Processo Civil de 1939, ainda totalmente descompromissado com o estudo da ciência jurídica do direito processual, não se mostrava efetivo o suficiente a regulamentar o processo privado, sendo muito auxiliado por legislações esparsas que estavam vigentes no ordenamento jurídico. A doutrina afirma que o código de 1939 cumpriu seu papel histórico, consistente em romper com a ideia de processo submetido à esfera de direitos materiais, apresentando um novo prisma de direitos processuais⁶.

Somente com a publicação de uma obra jurídica de Oskar Von Bülow⁷, que realizou estudos acerca do processo, exceções e seus pressupostos, deu-se o estopim para o estudo do processo como ciência jurídica. A partir de então se inicia uma nova fase no estudo do processo: a fase científica, onde os estudos cingiram-se a debater as bases de estudo, os conceitos básicos, da ciência jurídica processual. Nesta fase destacaram-se os grandes doutrinadores conhecidos atualmente como, por exemplo, Chiovenda, Carnelutti, Liebman, Calamandrei.

A partir deste momento, se firmou a premissa de autonomia do Direito Processual como ciência, onde se consolidaram os principais conceitos de direito

⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. 2012 – São Paulo, 15ª ed., v. 1, SARAIVA.

⁷ DINAMARCO, Candido Rangel, faz a seguinte observação em sua obra Instituições de Direito Processual Civil (2009, MALHEIROS): “A obra de Von Bülow (a conhecida e importantíssima Die Lehre von den Proceleinreden and die Procej3voraussetzungen - Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias) foi precedida de três estudos sobre a *actio* romana vista da perspectiva do direito moderno, nos quais já se lançaram as bases para a percepção da autonomia da ação em confronto com aquele conceito romanístico. Trata-se dos escritos que envolveram em famosíssima polêmica os romanistas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther”

processual⁸. Nessa fase, grandes foram as descobertas de institutos jurídicos e conceitos básicos do processo civil, que se mostram sobressalentes até os dias atuais. Entretanto, nada que agregasse um estado pragmático, ou de compromisso com o estudo do processo civil através de suas finalidades e eficácia.

Esse novo modelo de debate acerca das finalidades, resultados e instrumentalidade do processo, somente ganhou ênfase em uma terceira fase de evolução da ciência do direito processual civil, denominada de instrumentalista. Aqui se abre mão da ideia de processo ligado a qualquer outra ciência, e vislumbra-se um processo autônomo, como ferramenta do estado para alcance de seus objetivos políticos, jurídicos e, principalmente, sociais.

Começa-se a vislumbrar as partes em uma relação jurídica processual como tomadores de serviço estatal para solução de litígios, preocupando-se, assim, muito mais com a qualidade do serviço que lhes é prestado (e qualidade no aspecto principal de adequação e efetividade). Nesta fase destaca-se a colaboração dada pelos mestres José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco, autores de excelentes laudas sobre a instrumentalidade e evolução do processo como ciência jurídica autônoma.

Nesta mesma fase situa-se a elaboração do atual e vigente Código de Processo Civil de 1973, projetado por Alfredo Buzaid. No atual contexto que situasse o código, não se mostra da forma que fora projetado, em razão das vastas reformas que recebeu nesses quarenta e um anos de sua elaboração (reformas estas, muito necessárias pela própria evolução da ciência jurídico do direito processual civil, e influenciada pelos princípios norteadores da instrumentalidade).

Tal evolução processual no âmbito interno culmina de alguns doutrinadores afirmarem que as reformas processuais feitas à luz de princípios e normas que visam a maior instrumentalidade do processo, levam o ordenamento jurídico processual brasileiro à categoria de liderança (ou referência) nos debates acerca da instrumentalidade e eficácia da ciência do direito processual civil em todo

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 2009 – Rio de Janeiro, 19ª ed., v. 1, LUMEN JURIS.

o mundo⁹. Entretanto, parte da doutrina ainda afirma ter sido tardia a evolução interna do direito processual civil como ciência jurídica, se comparados aos ordenamentos italiano e alemão¹⁰.

A justificativa encontrada pela doutrina para entender e explicar essa extrema lentidão na transição de fases processuais a nível local, é a ligação que há entre o processo civil brasileiro e o processo civil italiano e francês¹¹. Serve-nos como exemplo, o grande apego doutrinário a Savigny e suas teses; bem como a quase ‘transcrição’ de teses de Liebman no atual código processo civil, em razão de tão grande influencia que exercia diretamente sobre o modo dialético de Buzaid¹².

Já dentro desta terceira fase de evolução da ciência jurídica processual, e como corolário das reformas processuais que sobrevieram ao código de processo civil de Buzaid, pacificou-se a discussão a respeito da instrumentalidade do processo e de necessidade que as tutelas jurisdicionais se tornassem cada vez mais efetivas e satisfatórias¹³.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. (2009, p. 10).

¹⁰ DINAMARCO, Candido Rangel (2009, MALHEIROS)

¹¹ Alexandre Câmara (2009, p. 9) chega ao ponto de afirmar que o código atual pode ser considerado um “verdadeiro momento de homenagem” a Liebman em razão de tão grande influência que havia sobre Buzaid.

¹² DINAMARCO, *idem*, ainda afirma que “a consequência prática era o apego a ideias superadas e perseverança em soluções incompatíveis com a evolução. Durou mais do que, seria desejável obcecada ligação aos cânones pandectistas e da filosofia liberal, presentes nos civilistas franceses”.

¹³ Apesar de extremamente longas extensas, cabem destaques as palavras de DINAMARCO (*idem*, cit) a respeito dessa evolução: “Mesmo nesse contexto de indefinições metodológicas surgiram idéias brilhantes que, justamente porque isoladas e sem a costura fina fundada em autênticos princípios processuais, foram verdadeiramente surpreendentes. A mais festejada de todas é a de Francisco de Paula Baptista (1811-1871), que, escrevendo em meados do século XIX (e portanto antes da revolução provocada pela obra de Billow), disse decorrer de uma ficção fútil e pueril a generalizada crença de que a alienação de bens do devedor em hasta pública se caracterizasse como um negocio de compra-e-venda, nos moldes do direito privado: o processualista pernambucano teve a finíssima intuição, que externou em sua obra, de que essa alienação é um ato estatal imperativo dotado da natureza jurídica de uma expropriação - com o que antecipou em muitas décadas o que depois se descobriu e passou a ser afirmado pelos estudiosos já com apoio nas premissas metodológicas que se foram estabelecendo (Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de heremeneutica juridica). Em São Paulo, João Mendes Júnior (1856-1923), pensador de sólida cultura tomista, construiu a teoria ontológica do processo, de cunho propriamente científico e calcada na teoria das causas; sua principal obra foi o Direito judiciário brasileiro. Além deles, figuraram no processo civil brasileiro precedente à chegada de influxos da nova escola os professores João Monteiro (Teoria do processo civil e comercial) (1845-1904), Manoel Aureliano de Gusmão (A coisa julgada), Estevam de Almeida (1863-1926), Joaquim Ignacio de Ramalho (o Barão de Ramalho, autor de Praxe brasileira e Instituições orfanológicas) (1809-1902) e o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, autor da Consolidação da leis do processo civil, de 1876 (*infra*, n. 102) - todos da Faculdade de Direito de São Paulo, cuja predileção pelo direito processual é portanto bastante antiga. Na Bahia, Eduardo Espinola escreveu seu merecidamente famoso Código de

Processo do Estado da Bahia Anotado. Na década dos anos quarenta ascendeu à cátedra de direito judiciário civil o professor Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho (1893-1957). Ao lado de Machado Guimarães, Amílcar de Castro e Pontes de Miranda, Gabriel Rezende Filho foi um dos últimos processualistas de destaque anteriores à chegada de Enrico Tullio Liebman com sua bagagem cultural e suas propostas modernizadoras. Foi autor do conceituadíssimo Curso de direito processual civil, de leitura obrigatória por muitas gerações, além da monografia Modificações objetivas e subjetivas da ação. Teve atuação importante na formação de processualistas que depois se destacaram muito mais que os da geração anterior, como Luís Eulálio de Bueno Vidigal, Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e Moacyr Amaral Santos (infra, n. 101). Participou de um marco importantíssimo na elaboração da ciência brasileira de direito processual, que foi a fundação da Revista de direito processual civil, juntamente com Liebman e os então jovens discípulos de ambos. Estavam lançadas as bases do movimento que depois veio a ser denominado Escola Processual de São Paulo (v. ainda infra, n. 101). Luís Machado Guimarães (1895-1971), lecionando na Universidade Federal do então Distrito Federal (Rio de Janeiro), escreveu conhecidos ensaios sobre temas de muita atualidade, como o litisconsórcio ("As três figuras do litisconsórcio ") e a carência de ação ("Carência de ação"). É sua a tentativa mais séria de desvendar o significado do vocábulo instância, que era de emprego tradicional no direito brasileiro e jamais tinha sido suficientemente esclarecido ("A instância e a relação processual "), bem como um estudo sobre tema até hoje ainda não muito versado no Brasil, que é o efeito preclusivo da coisa julgada ("Preclusão, efeito preclusivo, coisa julgada "). Participou também de uma grande coletânea de Comentários ao Código de Processo Civil, cujo quarto volume foi de sua lavra. Amílcar de Castro, professor em Minas Gerais, escreveu Das execuções de sentenças estrangeiras no Brasil, obra mesclada de conhecimentos de direito processual civil e de direito internacional privado. Na vigência do atual Código de Processo Civil, produziu um dos volumes de conhecidos comentários a ele. Também de Minas Gerais foi Alfredo de Araújo Lopes da Costa, autor de uma das melhores obras gerais sobre processo civil na vigência do Código de Processo Civil de 1939, que foi o Direito processual civil brasileiro; escreveu também o Manual elementar de direito processual civil (depois revisto e atualizado por Sálvio de Figueiredo Teixeira) e um conhecido volume sobre a citação (Da citação no processo civil). Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979), que fora estudioso de matemática e depois diplomata, não se notabilizou como professor - que não foi - mas é responsável por uma monumental obra jurídica, na qual ocupa posição de primeira grandeza seu enciclopédico Tratado de direito privado, em sessenta volumes. Ainda fora do direito processual, escreveu Comentários à Constituição (Const. federal de 1967, depois com adaptações à emenda n. 1, de 1969). Em tema de processo civil são seus os Comentários ao Código de Processo Civil (de 1939, depois adaptados ao de 1973), o Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões e o peculiaríssimo Tratado das ações. São muito conhecidas as posições de Pontes de Miranda acerca da distinção entre ação de direito material e - como dizia ele - "ação "processual. Uma das grandes contribuições que trouxe à ciência jurídica foram as páginas escritas sobre a ineficácia do ato jurídico, contidas no Tratado de direito privado. Germanista, costumava incluir em sua bibliografia autores alemães muito pouco conhecidos, como Georg Kuttner - a quem atribuía a concepção da categoria das ações mandamentais. Desdenhava os autores italianos e era fortíssimo na bibliografia lusitana clássica. Pouco citava autores brasileiros, especialmente os modernos - no Tratado das ações, em cuja bibliografia comparecem apenas quatro autores nacionais, a obra nacional mais recente que citou foi A coisa julgada, de Manoel Aureliano de Gusmão, editada em 1922 (o Tratado é dos anos sessenta). Nãoobstante suas discrepâncias em face das opiniões e premissas metodológicas correntes no Brasil e na doutrina internacional mais acatada pelos autores brasileiros, ainda hoje conta Pontes de Miranda com seguidores fervorosos e profundamente imbuídos de suas idéias peculiares - e também opositores radicais, mercê de seu gênio agitado, irreverente e, a seu modo, agressivo. Os escritos de Machado Guimarães e Gabriel Rezende Filho situam-se a cavalo de dois períodos legislativos do direito processual civil brasileiro, ou seja, o das codificações estaduais e o do Código de Processo Civil de 1939. O primeiro deles foi, inclusive, autor de um dos volumes de conhecida coleção de Comentários ao Código de Processo Civil, que então foram editados. Amílcar de Castro chegou a escrever Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973). Todos eles eram conhecedores das novas doutrinas da época, fazendo constantes alusões à obra de Chiovenda, Carnelutti e alemães e pautando sua obra pelos princípios, conceitos e estruturas caracterizadores do período autonomista do direito processual - como condições da ação nos moldes que depois vieram a difundir-se bastante na doutrina brasileira, relação jurídica processual, pressupostos processuais etc. Pontes de Miranda escreveu na vigência dos Códigos Estaduais e dos dois Códigos nacionais".

Vale destacar a influência da Constituição de Direitos da República Brasileira, do ano de 1988, que teve papel fundamental na positivação e consolidação de direitos antes meramente doutrinários e utópicos, a fim de alcançar a tão sonhada efetividade processual. Bem como a aprovação de legislações esparsas (como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor) que tiveram papel fundamental na consolidação de direitos antes esquecidos.

A partir de então se começa a concepção do direito e suas teorias que atualmente estamos acostumados, com debates a despeito de teorias e formas de que o processo seja cada vez mais satisfatório as partes (e principalmente a sociedade), utilizando para isso argumentos que, por vezes), já encontravam desgastes na doutrina estrangeira que, entretanto, tratava-se de novidades ao nossos olhos.

Os debates a respeito da efetividade, da instrumentalidade, dentre outros temas na mesma seara, evoluíram de forma tão grandiosa que chegaram ao ponto de influenciar reformas pontuais ao Código de Processo Civil pátrio como, por exemplo, a reforma de 2005 que modificou o sistema de execução de sentença do processo civil brasileiro, que de forma nítida tentou dar efetividade e celeridade a essa fase processual que antes padecia de tantas críticas (sendo as principais delas a morosidade e a falta de eficiência) ¹⁴.

Não para por aí! A evolução e debates continuaram, culminando no ano seguinte com a inovação do processo eletrônico no ordenamento jurídico, que, diga-se de passagem, somente ganhou peso a partir do final da década passada, com a efetiva implementação prática deste recurso por alguns tribunais superiores e de primeira instância.

Como corolário dessa constante evolução em busca da efetividade e instrumentalidade, e do aperfeiçoamento do estudo do processo civil enquanto ciência, depois de passados cerca de quase 40 anos de vigência começa-se a discutir no legislativo brasileiro a elaboração de um novo código de processo civil

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença Executiva?. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org). Leituras complementares de processo civil. 2006 – Salvador, JUSPODIVM; CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução da sentença*. 2006 - Rio de Janeiro, LÚMEN JÚRIS; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Nova Execução. Aonde vamos? Vamos melhorar*. Revista de Processo n. 123.

para que seja contemplados institutos, teorias e normas que já vigentes e aplicadas dentro do ordenamento sem, entretanto, que houvesse previsão legal para tanto.

E então a partir de junho de 2010, é nomeada comissão para elaboração de um anteprojeto para o um novo código de processo civil brasileiro. Atualmente, vale destacar que o presente projeto encontra-se em fase finais de aprovação no legislativo brasileiro. Nessa já final fase de discussão desse novo diploma jurídico, levando em conta toda essa carga histórica que é inerente à ciência jurídica chega-se a uma certeza: a ciência jurídica ainda está em plena evolução, sem data para término.

3 O ATUAL PANORAMA DAS CARGAS PROBATÓRIAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

Neste tópico cuidaremos de ressaltar qual a situação atual no ordenamento jurídico brasileiro dos ônus processuais de provar.

Cabe-nos ressaltar a atual previsão legal acerca do ônus da prova, e todos os pontos e aspectos percebidos pela doutrina com relação ao tema. Analisaremos os institutos existentes conforme previstos, suas denominações doutrinárias, as críticas doutrinárias e os devidos apontamentos deste trabalho.

Passaremos pelo instituto do ônus da prova estático, da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica do ônus da prova (nos direitos individuais e nos direitos transindividuais).

3.1 Distribuição Estática do Ônus da Prova

3.1.1 Aspectos gerais do *ônus probandi*

Parte predominante da doutrina moderna entende que o instituto do ônus da prova se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro em dois aspectos: subjetivo e objetivo. Há ainda dentre os melhores autores, aquele que como, por exemplo, José Carlos Barbosa Moreira¹⁵, intitulam esses aspectos do instituto do ônus da prova em formal e material.

O ônus da prova subjetivo, segundo concepção doutrinária, trata-se de seria uma regra de conduta e forma de proceder dirigida às partes, para que produzam provas no processo visando o esclarecimento dos fatos que alegaram, e somente estes. Por meio do texto legal já está determinado quais as ações que deverão ser tomadas por cada parte (ao autor a prova de determinados fatos; o réu os fatos de seu interesse).

¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2009

Com isso, finda a instrução, com base nas provas colacionadas aos autos pelas partes, e somente nelas, o juiz pelo princípio do livre convencimento, dispõe da total certeza no tocante ao esclarecimento dos fatos. Nesse caso não há dúvida sobre o direito debatido. O juiz convenceu-se com base no arcabouço probatório trazido pelas partes

Diferente do que ocorre no ônus da prova objetivo.

Segundo este aspecto, o juiz tem a indicação de como deverá proceder ao julgar a lide caso não encontre provas nos autos suficientes para determina a sua certeza sobre os fatos. A doutrina entende que se trata em verdade de uma regra processual dirigida ao juiz, com a finalidade única de aplicar-se ao caso concreto como regra de julgamento em casos de dúvida a respeito da verdade real.

A principal crítica doutrinária é de que esse aspecto objetivo do instituto do ônus da prova trata-se, em sua essência, de mais uma regra 'válvula de escape', que é disponibilizada ao julgador para que, finda a instrução, não havendo ainda a plena convicção do debatido pelas partes, nos casos em que há falta de prova ou de elementos que possam embasar a sua decisão, use-a. Serviria ao Magistrado em razão deste não poder escusar-se do julgamento, por ser amplamente conhecido que no Processo Civil Brasileiro que o juiz não pode negar-se a decidir uma questão, por falta de elementos. Essa é a regra contida no art. 4º, da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (decreto 4.657 de 1942).

A aplicação dessa regra gera, por via reflexa, indica qual parte deverá arcar com o prejuízo de sua inércia, isso porque, a falta de produção de prova por uma das partes pode trazer prejuízo a ela no momento do julgamento.

Também conhecido como vedação ao *non liquet*, ou em uma tradução mais aberta, proibição ao não julgamento pelo juiz (visto que o *non liquet* é a possibilidade do juiz de não julgar um processo, em razão de não ter convicções suficientes para tal). O entendimento é de que esse aspecto objetivo da regra é uma escapatória a essa vedação, pois caso não esteja convicto, o juiz poderá analisar qual parte desincumbiu-se do seu ônus: o autor de provar fato constitutivo de seu direito ou o réu de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Conforme leciona DANILO KNIJNIK¹⁶, seria essa uma regra que permitiria ao Estado-Juiz agir diante da insuficiência, ou até mesmo inércia, probatória das partes.

Ou seja, as partes desde o momento em que envolvidas na relação jurídica processual tem o dever de lutar pelo seu objetivo principal: o autor em ver suas alegações consolidadas e o réu em ver desconstituído o direito do autor. A carência probatória deixada por uma das partes durante o processo implicará diretamente na medida em que ela arcará com o peso do provimento jurisdicional emitido¹⁷.

O autor vem afirmar ainda que no momento em que a norma do artigo 333, do Código de Processo Civil é utilizada para este fim objetivo, como regra de julgamento, o juiz a utiliza como forma de decisão face um estado de dúvida. Logo, não há nesse modelo segurança das decisões, no sentido de que essa regra pode gerar decisões meramente processuais, visando dar fim ao processo, e não de real análise do mérito, em razão da dúvida do julgador acerca da verdade. Com essa regra a busca pela verdade real é colocada de lado, para que se produzam resultados satisfatórios: o 'fim' da lide.

Entretanto, vale ressaltar que nosso entendimento é de que a utilização desta classificação em nada poderá influir o julgamento. Isto porque, ao cabo da instrução somente caberia ao juiz analisar se o conteúdo probatório foi completado ou não. Não cabe a ele analisar se aplicará a norma jurídica como regra de julgamento ou julgará com base no conteúdo probatório que é completo. Caso entenda pela incompletude do arcabouço probatório, que determine que se produzam as provas que entender necessárias.

¹⁶ KNIJNIK, Danilo. "As (*perigosíssimas*) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da situação do 'senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica". In: FUX, Luiz e outros (coords.). Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo, Ed. RT, 2006) "o direito brasileiro, na esteira da maioria das legislações da *civil law*, utiliza-se de critério fixo para distribuir o ônus probatório, como se sabe o *ultimum refugium* para evitar o *non liquet*".

¹⁷ Nesse sentido, MARINONI (2013, p. 264) afirma o seguinte: A regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito.

Esse, aliás, são o princípio esculpido no art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro. A determinação é expressa para que o julgador determine a produção de todas as provas que entender essenciais a formação de sua convicção. Com isso ao adentrar a fase decisória não há motivos ou razões que justifiquem a aplicação do dispositivo de forma objetiva pelo julgador, em razão das partes não terem produzido provas.

A função do Estado-juiz é estimular o processo ao seu fim, para que, somente assim, tenha fim a lide e, tendo isso em vista, no momento adequado expeça provimento jurisdicional (adequado e eficaz), e por ocasião deste somente analisará as provas. É desse princípio que deriva a norma da verdade real. Por óbvio que o interesse maior é o da parte, entretanto, a partir do momento em que a parte traz a lide à luz jurisdicional, o interesse passa a ser estatal, sendo este que deva prevalecer.

Aliás, essa é uma (se não a principal) crítica de parte da doutrina, pois não veem nesta classificação dos aspectos do ônus da prova nenhuma utilidade prática (a exemplo de Didier). Para estes trata-se de mero debate positivista, o que não o deixa de ser.

3.1.2 A Distribuição

Atualmente o Código de Processo Civil, adota a distribuição estática do ônus da prova. Trata-se fato pacificado pela doutrina processualista. A norma jurídica insculpida no art. 333, do Código de Processo Civil, distribui o ônus da prova levando em conta a posição que as partes ocupam no processo, a distribuição nos polos da ação, não permitindo ao aplicador da lei flexionar esse modelo ao caso concreto.

SCARPINELLA¹⁸ afirma que essa regra se trata de uma indicação do legislador ao julgador, para que seja possível determinar na relação jurídica processual, a quem incumbirá a produção de determinada prova em juízo.

O código prevê que é de competência da parte ativa da ação a produção da prova quanto ao fato que constituiu o seu direito. E no mesmo sentido a parte passiva da ação da prova quanto aos fatos que desconstituem o direito alegado pela parte autora¹⁹.

Podemos dizer que os ônus probatórios de cada parte, da forma que estão atualmente dispostos no Código de Processo Civil, estão ligados a necessidade das partes de verem aceitos os fatos que alegaram como base da ação ou da exceção. Percebe-se então que a disposição da carga probatória no código está ligada à própria forma de desenvolvimento do processo²⁰.

Isso porque, quando o legislador menciona no inciso primeiro do art. 333, do Código de Processo Civil, em fato constitutivo do autor, trata-se na verdade da causa de pedir da petição inicial, que é onde se assenta o direito alegado. Por consequência, o fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor, mencionado no inciso segundo, do art. 333, do Código de Processo Civil, seria nada mais que a causa de resistir, que é o direito impugnado pela contestação.

Entretanto, a crítica que fazemos a esse modelo é de que desconsidera as modificações fáticas do processo e suas peculiaridades (visto que cada processo é uma relação jurídica distinta e única), e estabelece uma regra padrão de análise das provas no processo.

Nas palavras de KNIJNIK²¹ “a regra consagrada no art. 333 do CPC estabeleceu uma distribuição estática do ônus probatório, construída em atenção à sintaxe da norma e independentemente das circunstâncias do caso concreto”²².

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, 2011, P. 282

¹⁹ MARINONI (2013, p. 263) afirma z que “não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento pelo juiz”.

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella, idem.

²¹ KNIJNIK, Danilo (“As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da situação do ‘senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”. In: FUX, Luiz e outros (coords.). Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo, Ed. RT, 2006)

²² DIDIER JR, Fredie, 2010, p. 94 bem resume a questão ao dizer que essa distribuição “essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos” O autor ainda pontua que “não se nega a validade da teoria clássica como regra

Em que pese haver um regramento geral e único de desenvolvimento processual, nem todos os processos conseguem desenvolver-se da mesma forma. É claro que isso ocorre em razão de que nem todos os processos debatem o mesmo direito em razão do mesmo fato. São situações fatídicas diferentes, que por consequência geram direitos e obrigações diferentes.

Por vezes, não cabe à determinada parte produzir prova de determinado direito, pois não é ele o detentor do elemento de prova, ou ainda, porque não consegue ele provar o fato, porque não está ao seu alcance essa prova (o que já nos é conhecido em nosso ordenamento por prova diabólica, a exemplo dos fatos negativos). Para solucionar isso, em algumas hipóteses o legislador traz determinadas presunções legais, em outras, não.

Percebe-se que, em alguns casos, a fórmula do art. 333 por si só não é suficiente para trazer a verdade dos fatos ao processo. E para flexibilizar então a aplicação da norma surge o interesse pela corrente da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Logicamente que, como já dito acima, o juiz poderia aplicar a regra do art. 333 em seu aspecto objetivo e por fim ao processo. Entretanto, começa-se a perceber que, aplicar objetivamente a regra do art. 333, traz de fato fim ao processo, porém, não soluciona o litígio, que em casos, pode tratar-se de discussões importantes. Nessa aplicação regramental a busca pela verdade real toma o caráter de segundo plano, o que não é o interesse da doutrina moderna. E nitidamente, merece acolhimento essas alegações.

Com todas estas questões principiológicas que envolvem o tema, cresce cada vez mais na doutrina a posição de que esse modelo não é mais único e suficiente para a solução de todos os litígios de forma eficaz, em razão da já citada dinamicidade do processo diante do caráter estático deste modelo. Acabou merecendo acolhida a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, tema deste trabalho, que veremos mais a frente.

3.2 Inversão/Modificação do Ônus da Prova

O instituto da inversão do ônus da prova teve seu surgimento em um período do ordenamento jurídico processual brasileiro, que foi tido por alguns como a cisão da ordem jurídica vigente, e a abertura para um novo panorama de direitos: os direitos transindividuais (ou difusos).

Isso em razão de que, até o ano de 1990, não se falava em tutela de direitos difusos. Havia um ordenamento fechado à proteção de direitos individuais, quais sejam, os direitos concentrados que cada indivíduo detinha. O instituto foi o mecanismo diferente encontrado para proteger direitos também diferenciados dos demais.

E então, muito empurrado por uma constituição que trouxe em seu bojo textos de extremo conteúdo principiológico, visando ainda a necessidade de tutelar os direitos trazidos na carta magna, ocorre o surgimento do Código de Defesa do Consumidor.

A cisão citada pela doutrina consiste no fato do Código de Processo Civil ter sido até aquele momento o centro de estudos do processo civil brasileiro²³, tutelando um processo civil de direitos individuais, visando somente o patrimônio do indivíduo, etc.

E então com o surgimento do código consumerista, há a aparição de outro centro de concentração do ordenamento jurídico processual, que dividirá com o Código de Processo Civil a incumbência de organizar a tutela de direitos no processo civil brasileiro.

Com o decorrer dos debates a respeito do novo ordenamento consumerista, a doutrina pontua então, que o Código de Defesa do Consumidor pode ser considerado (e para alguns doutrinadores, trata-se de um fato certo) o precursor da chamada geração de direitos transindividuais, onde os direitos das

²³ Ou nas palavras de EDUARDO CAMBI, “o centro de gravitação do ordenamento processual” (CAMBI, Eduardo. Inversão do ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transindividuais: Alcance Exegético do art. 6º, VII, do CDC. Revista de Processo, 2005 – São Paulo, RT.)

minorias passam a ter maior importância diante de direitos individuais já consolidados.

Entretanto, assim como esses direitos difusos, ou ainda das minorias, trazem consigo o caráter de excepcionalidade e diferença dos demais, assim também são os mecanismos de aplicação, proteção e regramento destes direitos. Direitos 'especiais' exigem regramentos, e mecanismos também especiais.

Em decorrência disso, é que atualmente o ordenamento jurídico brasileiro prevê a 'inversão' do ônus da prova somente em casos específicos, permitidos pelo legislador. Isso porque, essa regra trata-se de mecanismo específico de tutela de direito do consumidor.

A doutrina classifica a inversão do ônus da prova em legal e judicial (ou *ope legis* e *ope iudicis*, como lecionam alguns doutrinadores).

Inversão do ônus da prova legal é aquela em que o legislador, por sua própria vontade, distribuiu o ônus da prova diversamente da regra do art. 333, do Código de Processo Civil. O exemplo mais clássico é o art. 38, do Código de Defesa do Consumidor. Alguns doutrinadores como, por exemplo, DIDIER (2010, p. 84), entendem que a inversão do ônus da prova legal, nada mais é do que mera presunção relativa fixada pelo legislador.

Entretanto, divergimos.

O entendimento nosso é de que a inversão legal do ônus da prova trata-se na verdade de redistribuição do ônus da prova, ou ainda distribuição dinâmica do ônus da prova.

Isso porque, incumbe a parte contrária a prova de fato constitutivo de direito do autor. Ou seja, incumbe a parte provar fato que lhe é prejudicial. É caso do citado exemplo do art. 38, onde a propaganda prejudicial ao consumidor deve ser provada por quem patrocina a propaganda, nitidamente em favor do consumidor.

Aqui sim há ocorrência da distribuição dinâmica do ônus, teoria que veremos adiante e não presunção relativa como preceitua a doutrina. Isso porque inverter tem como significado básico virar-se ao contrário. Aqui o ônus vira-se totalmente contrário a regra do art. 333, do Código de Processo Civil, e por isso o

entendimento nosso é que se trata de distribuição dinâmica e não de inversão do ônus da prova.

Prosseguindo, a inversão do ônus da prova judicial é aquela em que o legislador não traz regramento diferente na distribuição do ônus da prova, mas deixa em aberto a possibilidade do juiz, tendo em vistas a excepcionalidade do caso concreto, inverte o ônus da prova.

O exemplo mais conhecido de inversão judicial é a hipótese das relações de consumo, previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A inversão do ônus nas relações de consumo é cabível em duas hipóteses: a primeira nos casos de verossimilhança das alegações do consumidor, e a segunda nos em que o juiz verifica que o consumidor está em situação de hipossuficiência em relação ao fornecedor. Ambas são hipóteses que dependem de critérios do juiz. Isso porque dependerá dele entender o aspecto de verossimilhança e de hipossuficiência do caso concreto.

Neste ponto, abrimos um parêntese para destacar a posição da doutrina e pontos conflitantes segundo nosso trabalho.

A maior parte (para não dizermos a totalidade) da doutrina entende que essa hipótese de inversão do ônus da prova é uma espécie de redistribuição do ônus diferente da regra do art. 333, do Código de Processo Civil. Há autores que sustentam ainda, que essa inversão se contrapõe de forma extrema ao regramento do art. 333, do citado código.

Entretanto, em que pese a maioria esmagadora (e dentre eles grandes autores) afirmarem assim, o fazem erroneamente.

A doutrina intitula esse instituto de inversão do ônus da prova de forma equivocada, isso porque não há inversão do ônus da prova nas hipóteses previstas no Código de Defesa do Consumidor, não há mudança no regramento do ônus *probandi*. A inversão traz ao processo apenas uma presunção de prova em favor do autor, não havendo modificação na regra.

Veja: a regra é de que o autor deverá provar fato constitutivo e o réu fato impeditivo. Na inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º o que ocorre é que o autor apenas não necessita mais provar fato constitutivo,

isso porque a lei autoriza que o juiz dê esse direito por provado, cabendo ao réu somente desconstituir o direito do autor.

Nada mais é do que mera presunção em favor do autor, e não redistribuição do ônus da prova, como alegado pela maioria da doutrina. Para que houvesse a verdadeira inversão o réu deveria colacionar aos autos prova do direito do autor, e não prova de sua desconstituição.

O termo inversão tem origem no verbo inverter. Que por sua vez, segundo dicionário²⁴, tem o sentido de mudar de direção em sentido contrário. Logo, o entendimento nosso é que por nome de inversão do ônus da prova deveríamos nomear as situações em que o ônus probatório é totalmente invertido entre partes (o que hoje a doutrina chama de distribuição dinâmica) e não hipóteses de mera modificação processual.

Ou seja. A parte que inicialmente caberia desconstituir direito do autor caberá a prova que no entendimento do julgador é essencial para provar o direito do autor. Nesses casos ocorrerá a verdadeira inversão e não nas presunções que militam em favor, por exemplo, dos consumidores (art. 6º, CDC).

Nas brilhantes palavras do professor PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON “a inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor nada inverte, pois inverter vem do latim *invertere* e significa mudar a ordem de, dispor de maneira contrária ao normal”²⁵.

Necessário mencionarmos a abordagem dada ao tema pela doutrina majoritária (e de longa data conceituada). Em que pese o imenso respeito que temos por tais doutrinadores, não é plausível esperarmos de processualistas contemporâneos como, por exemplo, os já citados nesta obra, MARINONI, DIDIER, dentre outros, que equiparem o instituto da modificação do ônus da prova previsto no código de defesa do consumidor à teoria defendida nesse trabalho.

Como já pontuamos tratam-se, sem dúvida, de temas extremamente conexos. Entretanto, é inegável a diferença conceitual e prática de ambos os

²⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Miniaurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa, 2008 – Curitiba, Positivo, 7ª ed.)

²⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Formalismo Processual e Dinamização do Ônus da Prova. In Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo, Atlas, 2012.

institutos. A crítica que se faz necessária é de que não podem doutrinadores de tão grande reputação, garbo e quantidade de adeptos, influenciar tão erroneamente os que encapam seus ensinamentos.

Não há razão para chamar de inversão algo que, na sua essência, não o é. Entretanto, como há uma alteração no contexto fático do processo, há a clara necessidade de nomear o instituto, por óbvio. O melhor nome no nosso entendimento é “modificação” do ônus da prova, e não inversão, o que desde já sugerimos, e será como trataremos neste trabalho: modificação do ônus da prova.

Nome esse também dado por ANTONIO DANILO MOURA DE AZEVEDO²⁶, que pontua a respeito do que é o grande tema deste tópico: a inversão do Código de Defesa do Consumidor nada inverte, tão logo, equívoco atribuir a este fenômeno características que ele não tem (a inversão). Tão logo a necessidade de conceito, optou por nomeá-lo também por modificação do ônus da prova.

3.3 Cargas Probatórias Dinâmicas

Neste tópico cuidaremos das cargas processuais dinâmicas no atual processo civil brasileiro. Dissertaremos sobre os seus momentos embrionários, as discussões e críticas doutrinárias a respeito do tema.

Falaremos um pouco sobre as provas diabólicas e a sua contribuição e apoio para o fortalecimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil contemporâneo.

3.3.1 Prova Diabólica

²⁶ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro. 2008. Disponível em http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090317234801.pdf, acessado em 29/08/2014

A prova diabólica para muitos doutrinadores, dentre eles principalmente os processualistas contemporâneos, é a precursora da teoria da distribuição dinâmica. Dessa forma, cabe-nos pontuar a respeito.

O processo como procedimento que é, tem o condão básico de servir de suporte para um provimento jurisdicional acerca de um fato real. Isso decorre principalmente de sua própria natureza jurídica. Todo ‘esforço’ realizado dentro do processo, todos os atos praticados, etc., visam *a priori* um único objetivo: a prestação jurisdicional.

Isso, acrescido ainda da ideia base das tutelas jurisdicionais, fixada por CHIOVENDA²⁷ de que ‘o processo deve dar a quem tenha um direito, quando for possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir’; além da premissa fixada pelo legislador no Código de Processo Civil (art. 130), denominado pela doutrina de ‘poderes instrutórios do juiz’, onde o juiz é colocado como o destinatário final da prova, e cabe a ele a aferição de quais provas são pertinentes, importantes e necessárias, ou não; temos como produto a busca da doutrina e jurisprudência por um processo cada vez mais satisfatório (seja em busca da verdade real, seja da satisfação das partes, ou de pelo menos uma delas).

Dessa forma, com o modelo de processo que havia se estabelecido (distribuição estática do ônus da prova), determinados casos que se prestavam a serem julgados (ou a maioria deles) persistiam hipóteses de impossibilidade de alcance da verdade real, muito em razão de fatores probatórios de uma ou de ambas as partes (ora também porque uma das partes, para surrupiar-se da sanção oriunda da tutela jurisdicional, apoiava-se na regra de distribuição probatória para inibir o alcance da verdade real).

Ao fenômeno de impossibilidade probatória de uma ou de ambas as partes, a doutrina denomina como prova diabólica. O conceito dado à prova diabólica é “aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida”²⁸. Englobam-se nesse conceito as provas que são de extrema dificuldade de sua produção em razão de diversos motivos (físicos, territoriais, dentre outros).

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, Campinas, Bookseller, 4º Ed, 2009)

²⁸ DIDIER JR, Fredie, 2010, p.92.

As provas diabólicas são classificadas em unilaterais e bilaterais.

Bilaterais são as provas impossíveis para que ambas as partes produzam em juízo. Estas por sua vez se dão na hipótese em que, ao cabo da instrução, o juiz se depara diante de uma situação de dúvida em razão de não terem sido esclarecidos os fatos, entretanto nenhuma das partes tem a possibilidade de sanar essa dúvida, ou de trazer aos autos novos elementos fáticos. É o caso onde “não há mais nada o que se fazer”; apesar de todo o esforço das partes a verdade real mesmo assim não foi alcançada.

O entendimento majoritário é que nesses casos o juiz deve aplicar o ônus da prova deve ser aplicado na forma estática do art. 333, do Código de Processo Civil e em seu aspecto objetivo (como regra de julgamento), analisando quem se desincumbiu do seu ônus, em razão da vedação ao não julgamento.

Ao aplicar o aspecto objetivo o juiz analisará sobre qual fato recai a prova diabólica: se fato constitutivo do direito do autor (levando a improcedência da ação por não provar o direito alegado), ou sobre fato que desconstitua direito do autor (levando a parcial ou integral procedência, por não provar fato que desabone o direito provado), assim devendo a respectiva parte arcar com o peso de não ter se livrado de seu ônus.

DIDIER²⁹ ainda pontua que a distribuição do ônus de forma dinâmica não pode retirar de uma parte o seu encargo da prova diabólica e transferir a outra parte esse encargo, sendo que para ambas é impossível a produção da prova. Veja, nesse contexto, é o que dissemos acima, a prova bilateralmente diabólica não cabe aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova porque não é possível a nenhuma das partes a produção de qualquer prova. A única solução que se mostra possível e plausível é a aplicação da regra estática, analisando quais das partes se livraram dos ônus que lhes cercavam.

Já as unilaterais são aquelas impossíveis de prova apenas para uma das partes, porém viável à outra. Ou seja, ao cotejar os autos, o juiz percebe a necessidade de produção de uma prova que, por exemplo, constitua direito do autor, mas este não tem poder ou possibilidade de produzi-la, tendo, contudo, o requerido a possibilidade de trazer aos autos a prova. Ao esbarrar nessas circunstâncias, o

²⁹ DIDIER, idem, p. 107

questionamento que sempre perturbou os processualistas foi: o que pode ser feito pelo julgador face um ordenamento rígido sobre o ônus de produção da prova?

Como já dito acima a regra geral de distribuição do ônus da prova é aquela prevista no art. 333, do Código de Processo Civil. E diante de provas unilateralmente diabólicas, para resolver o litígio o julgador poderia a princípio aplicar de forma objetiva o ônus da prova, e resolver o litígio de forma regramental, analisando se as partes se desincumbiram dos ônus que lhes era devido.

Entretanto, em razão do já citado inconformismo dos processualistas modernos com a efetividade do provimento jurisdicional, começou a se discutir a respeito de que o processo é um instrumento que busca dar uma solução a determinado litígio. Julgando de forma objetiva, o processo por vezes teria fim, 'analisaria o mérito' (na forma legal – art. 269), sem, entretanto, solucionar a questão debatida ao fundo.

A solução encontrada pela doutrina foi invocar ao ordenamento jurídico pátrio, uma conhecida corrente doutrinária oriunda do direito estrangeiro, denominada de distribuição dinâmica do ônus da prova. Ganhou força em nosso ordenamento essa corrente que preceitua a distribuição do ônus da prova diversamente da regra do art. 333, nos casos excepcionais.

Como veremos adiante, nos casos em que diante de uma prova diabólica, o juiz flexibilizará a norma do art. 333, do Código de Processo Civil, de forma a determinar que uma das partes faça prova que, originariamente, incumbiria a parte contrária.

Contudo, faz-nos necessário mencionar que há na doutrina processualista moderna, corrente que questiona a efetiva aplicação desta teoria nos casos concretos de constatação da ocorrência de prova diabólica.

O questionamento toma como base a afirmativa de que a regra geral estabelecida no art. 333, do Código de Processo Civil não pode ser descartada. Isso porque o Estado de Direito brasileiro adota o sistema jurídico da *civil law*, ou seja, em síntese, o direito é por regra positivado. A essência de surgimento dos direitos e deveres de cada indivíduo são as leis e códigos positivados do ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma deve persistir o regramento geral da norma do art. 333, do Código de Processo Civil que estabelece um enfoque estático as cargas probatórias de cada parte. Entretanto, a utilização da distribuição dinâmica se efetivaria nos casos em que a aplicação das regras gerais conduzisse o processo a um estado de ocorrência de prova diabólica, fazendo com que, como ponderado logo acima, o processo perda a sua essência de busca pela verdade real e efetividade do provimento jurisdicional.

Melhor que se relativize a regra geral dos ônus probatórios e dê ao processo uma efetiva solução, do que, por opções meramente procedimentais seja emitido provimento jurisdicional que não expresse a verdade real dos fatos, causando soluções injustas, por vezes, em casos de extrema importância social.

Veremos mais a frente a respeito dessa teoria de forma detalhada, entretanto, o que nos cabe aqui fixar é que as provas diabólicas (bilaterais e unilaterais, e principalmente a última) tiveram grande parcela de contribuição para que se repensasse a regra estática de distribuição do ônus da prova, dando ensejo a entrada da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, ao ponto de termos a positivação dessa corrente no novo Código de Processo Civil.

3.3.2 Distribuição Dinâmica do Ônus da prova

A teoria da distribuição do ônus da prova é inegavelmente um tema atual. Não conta com previsão no atual (e vigente) Código de Processo Civil, tratando-se atualmente de teoria fruto de uma construção doutrinária. Tal teoria adentrou o ordenamento jurídico brasileiro, *prima facie*, através de decisões oriundas de Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

O Egrégio tribunal, de forma pioneira e corajosa, começou a aplicar em seus julgados a teoria. Ganhou ênfase e notoriedade a manifestação da 3ª Turma da Casa, explanando sobre a questão e abrindo grande (se não principal) precedente para a aplicação da 'nova' teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Tem como

expoente da Corte a ilustre Ministra Nancy Andrighi, que de forma segura aplicou em seus julgados a teoria.

Pela inegável força legislativa que detém o Tribunal Superior, que tem por função principal a pacificação de jurisprudências divergentes no ordenamento jurídico, se iniciou na doutrina moderna um movimento de discussão a respeito dessa teoria no âmbito do direito processual interno. Recentemente então, por meio de diversos autores, a doutrina manifestou-se concretamente a respeito do tema. Dentre eles destaca-se o livro de Fredie Didier Jr, em razão da ênfase dada a teoria.

Se não bastasse, há, desde meados do ano de 2010, em trâmite pelas casas legislativas brasileiras projeto de criação de um novo Código de Processo Civil. O projeto atualmente se encontra em fases finais de aprovação. O que nos importa destacar é que pelo projeto que será votado a presente teoria passa do status de mera construção doutrinária para a condição de teoria positivada no Código de Processo Civil.

O novo diploma legal, em seu art. 380 trata do tema das cargas probatórias. O texto, a princípio, mantém a já conhecida regra geral de distribuição estática em seu *caput*. A novidade, entretanto, consiste na redação do §1º do referido artigo, que traz a expressa possibilidade de flexibilização da regra geral ao caso concreto. Pelo texto em pauta, o julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, por decisão fundamentada, poderá alterar os ônus probatórios das partes.

O entendimento nosso é no sentido de que se trata de um importantíssimo avanço do processo civil brasileiro que, cada vez mais, caminha para um processo civil melhor e mais justo. Isso porque, a previsão legal dessa corrente doutrinária coloca sobre o tema a pedra de legalidade que faltava a corrente para que esta ganhasse o peso e a importância merecida no ordenamento jurídico brasileiro, como veremos mais a frente.

Isto posto, passemos aos debates do tema.

4 PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Neste tópico trataremos mais a fundo as novas correntes que permeiam o processo civil contemporâneo, as correntes doutrinárias que influenciam a atual jurisprudência brasileira, bem como o que de melhor se debate no ordenamento jurídico processualista.

Cuidaremos de nos aprofundar no tema deste trabalho, bem como nas teorias e princípios que o cercam, tudo isso com o escopo de demonstrar as tendências doutrinárias para o 'novo' processo civil brasileiro.

4.1 Princípios Processuais

A ciência do direito atualmente é, sem dúvida, uma das mais peculiares dentre as ciências humanísticas. Isso porque, traz consigo um valor que a diferencia de grande parte das demais ciências existentes: os princípios. É fato notório que as rédeas morais que permeiam a sociedade, que delimitam a forma de convívio social; a forma ética de analisar as questões do dia-a-dia, etc., tudo isso comumente denominados princípios, são fontes do direito brasileiro. Não seria diferente com o processo civil, subárea desta ciência.

O grande tema da atualidade, em dúvida, são os princípios e processo civil moderno. Isso porque, muito se tem debatido (e escrito) a respeito de um novo processo civil permeado por princípios norteadores. Regras processuais não mais dotadas de caráter meramente normativo, mas agora também carregadas com certa carga principiológica. Dessa forma, se mostra pertinente o estudo do tema.

Os princípios não podem ser definitivamente e precisamente conceituados, isso porque são frutos de um raciocínio construtivo. Entretanto, para fins do nosso estudo, tomaremos por definição, ou conceito, que princípios são regras ético/morais, que definem no subconsciente social um estado ideal de coisas a serem alcançados, cuja eficácia depende diretamente de que as condutas de cada

indivíduo no meio social sejam compatíveis com o estado ideal apontado pelo princípio.

Os princípios tem o condão de estabelecer na consciência social (coletiva e individual) um objetivo (mesmo que utópico) a ser alcançado, um estado ideal a ser perseguido. E para que este objetivo seja alcançado, o princípio exige do indivíduo (como indivíduo e como sociedade) posturas e condutas compatíveis com o estado ideal que aponta o princípio. Os princípios têm aspecto eminentemente finalísticos e práticos, ao passo que definem um fim, uma meta, a ser alcançado e exigem a adequação dos comportamentos sociais a seu molde³⁰.

Em resumo, não se pode esperar a plena eficácia dos princípios sem que seja adotado por todos comportamentos compatíveis com estes. O comportamento social compatível com o estado ideal que se espera é *conditio sine qua non* para o efetivo alcance da meta traçada.

Podemos dizer ainda que, ao passo que os princípios indicam condutas a serem tomadas por cada indivíduo e também pela coletividade para sua plena eficácia, inversamente, eles tem o condão de indicar quais condutas não devem ser praticadas pelos indivíduos e pela sociedade, a fim de que não obstem o alcance do estado ideal ou da meta traçada.

Ou seja, os princípios exigem não só condutas positivas de cada indivíduo social, mas também condutas negativas para que assim o estado ideal seja alcançado. Muito por isso se afirma que os princípios têm caráter finalístico e prático.

Diante de tais assertivas e conclusões acima, não se pode negar a força que se tem os princípios em nosso ordenamento jurídico. E nesta seara a discussões a respeito da força normativa dos princípios vem ganhando ênfase. Podemos dizer que os princípios como fonte do direito brasileiro, tem sua parte de contribuição no conjunto de normas pátrias. A questão é saber quais os limites dessa força normativa que cercam os princípios.

³⁰ Como pontua o mestre HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2012 – São Paulo, Malheiros, p. 87): “se o estado de coisa deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza”.

É de grande valia lembrarmos os ensinamentos de Robert Alexy, no tocante ao ponto em que dizia em que os princípios têm a característica de conviverem conflituamente entre si. Muito porque têm eles uma força normativa limitada, de caráter eminentemente extingüível, diante da contradição de outros princípios.

Os princípios somente tem sua esfera de força efetivamente medida diante do caso concreto, isso porque não princípios maiores ou menores, ao ponto que todos os princípios apontam determinado estado ideal a ser alcançado, cada um à sua finalidade. Entretanto, ao ponto que o individuo coloca em execução condutas para o alcance do estado ideal buscado, é plenamente possível que haja conflito entre condutas, e somente nesse momento ambas as condutas devem ser ponderadas, para decidir quais delas (princípios) deverão prevalecer.

Somente diante do caso concreto é que poderá ser analisado se determinada conduta é compatível ou não com o estado ideal apontado pelo princípio. Até esse ponto (a efetivação aplicação ao caso concreto) o princípio é dotado de força normativa plena. Em um mesmo caso, pode haver aplicação de dois princípios antagônicos, e aqui, para que o outro possa ser alcançado, cessa a força normativa de um dos princípios conflitantes.

Isso significa que a prevalência de um princípio em face de outro no caso concreto, não o extingue do ordenamento jurídico, apenas retira sua força normativa para que um possa prevalecer. Daí decorre a afirmativa de que os princípios convivem conflituamente entre si, sem que seja necessária a extinção de um deles do ordenamento jurídico.

Isso posto, passaremos a ver os princípios em espécie que permeiam o processo civil contemporâneo.

4.2 Poderes Instrutórios do Juiz

O tema em verdade não se trata de princípios processuais, visto que está expressamente previsto na legislação processualistas pátria, entretanto, para

fins meramente didáticos deste trabalho, optamos por inseri-lo neste tópico. Assim, esperamos que não atrapalhe a análise do instituto.

A norma que oportuniza ao juiz o status de destinatário final da prova, e por consequência concede a este a faculdade de solicitar (e inclusive determinar) a produção da prova que entender necessária à elucidação da lide, tem por nome de poderes instrutórios do juiz.

Vale ressaltar que parte da doutrina que entende que o processo civil tem caráter eminentemente privado, visto que discute relações jurídicas privadas, são contrários a intervenção na atividade instrutória. Para estes, o juiz estaria fadado a mera análise da situação que é levado a seu conhecimento. É o que acontece, por exemplo, nos países da *commom law*, onde esse sistema recebe o nome de sistema “*adversarial*”. Entretanto, não é o que ocorre no processo civil brasileiro.

Alguns ainda sustentam a violação à imparcialidade do juiz, em decorrência de que um juiz com funções ativas na relação jurídica processual, tende a perder a parcialidade em favor de uma das partes durante a persecução probatória. Não há guarida a tais alegações, isso porque, o juiz ao receber maiores poderes para conduzir a instrução, somente buscará maiores provas e informações a fim de esclarecer o fato que lhe foi trazido a julgamento. Com essa postura não prejuízo ou benefício a nenhuma das partes, o fato continua sendo o mesmo trazido *a priori*.

O nosso ordenamento jurídico é adepto ao sistema da *civil law*, onde o sistema adotado é o inquisitorial, pelo qual o impulso oficial deve ser das partes, e o desenrolar da relação jurídica à cargo do estado. Nesses sistemas é dado mais liberdade para que o juiz exerça uma função mais proativa perante a relação jurídica processual.

Entretanto a grande questão para sabermos se tratar ou não de uma norma plenamente compatível com a natureza do processo civil, é necessário analisarmos a natureza jurídica da prova para o processo civil brasileiro. Ou seja, entendermos esse ponto por consequência nos levará a perceber se aplicáveis ou não os poderes instrutórios oportunizados ao juiz, na relação jurídica processual.

A prova no ordenamento jurídico brasileiro está inegavelmente ligada às questões do contraditório e da ampla defesa, previstos no texto constitucional.

Ambos os termos tratam em verdade de um mesmo tema: a faculdade constitucional de a parte levar ao Estado-juiz todas as suas alegações e provas que entender necessário a respeito de um determinado fato que se põe a julgamento.

Todas essas premissas estão inseridas dentro da ideia de um devido processo legal constitucional (contraditório, ampla defesa, dentre outros). Veja, se um procedimento mínimo, ou melhor dizendo, as garantias mínimas de um processo, podem ser extraídas do texto constitucional do devido processo legal, inegavelmente a natureza jurídica da prova é constitucional. Isso porque, um processo para que seja devidamente legal, deve oportunizar as partes provar o que alegam, ou fatos, etc.

Logo, a natureza jurídica da prova é eminentemente constitucional. Assim sendo, não pode pertencer a uma determinada parte específica. Por sua natureza constitucional tem caráter de direito fundamental de todos os envolvidos na relação jurídica processual (autor – réu – estado-juiz), inclusive o juiz. Dessa forma, plenamente possível que exerça atividade instrutória de maneira ativa, pois mais que mero observador, para que o processo alcance sua finalidade efetiva, o juiz deve tomar para si as rédeas da relação jurídica processual.

Ou fator que deve ser levado em conta, é que não se trata de que a prova pleiteada pelo estado-juiz, ou por ele determinada, goze de maior ou menor presunção, ou certeza, sobre o que dela advir. Todas as provas colacionadas ao processo devem posteriormente, no momento correto de análise e valoração da prova, ser submetidas ao juízo de valoração, para que assim seja proferido provimento jurisdicional válido³¹.

Vale ponderar ainda que esses poderes não são absolutos. A doutrina elenca alguns elementos que são limitadores ao exercício destes poderes

³¹ Bem resume o tema, as palavras de DANIEL PENTEADO DE CASTRO, explanadas em sua tese de mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vejamos: “Cabe ao juiz a direção material do processo, na dinâmica que se faz necessária à produção de provas, valendo-se dos poderes instrutórios para angariar elementos que lhe permitam aferir a qual parte assiste razão na demanda. Afinal, se é o juiz que julga a demanda e o sistema impõe que haja a formação do livre convencimento motivado, cabe a ele a iniciativa probatória, quando necessário for angariar provas para formar a livre convicção, que inclusive deve ser motivada, por vezes, com base nas provas coligidas aos autos”.

instrutórios concedidos ao estado-juíz, tirando caráter de poder absoluto que o rodeava.

O primeiro elemento seria o próprio objeto da lide, no aspecto de já existe no ordenamento o princípio/norma da adstrição da sentença ao pedido, ou ainda, princípio da congruência, que limita o juiz a analisar o que lhe foi proposto. Neste sentido, também funcionaria como um limitar aos poderes instrutórios do juiz, em razão de que não necessidade ou razoabilidade em buscar provas que não acrescentam em nada o debatido nos autos.

Trata-se em verdade de uma extensão do já citado princípio da congruência, que é requisito da sentença, provimento estatal. Isso porque, já era exigido do magistrado que se ativesse somente ao que foi pedido no momento da valoração da prova e expedição de provimento efetivo.

Outro ponto afirmado pela doutrina é o princípio do livre convencimento motivado, que impõe ao juiz a necessidade de devida fundamentação de seus atos, a fim de manter a segurança jurídica e o devido processo. O entendimento majoritário é de que esse requisito impõe necessariamente que se demonstre a plausibilidade e necessidade da prova que é determinada pelo estado-juíz.

Uma questão importante é que a decisão estatal que determine a produção de qualquer tipo de prova, não pode atentar contra o princípio da celeridade processual, sob pena de causar no ordenamento um conflito entre princípios e normas fundantes do processo civil. A celeridade, a efetividade do processo é princípio superior aos poderes instrutórios do juiz. Em caso de conflito deverá ser ponderado se o juiz não conseguirá julgar sem a prova solicitada. Se positivo, deverá emitir então provimento jurisdicional, se negativo, e fundamental a prova, deverá providenciar a sua produção com extrema rapidez.

Com isso, não há que se falar em menor segurança jurídica, ou sequer imparcialidade por parte do juiz, no desenvolvimento de uma postura ativa na relação jurídica processual. Devemos entender tais poderes dados ao estado-juíz como ferramentas para que, diante do caso concreto, possa buscar a tão debatida isonomia processual e trazer assim maior efetividade ao processo.

Vale ressaltar que essa livre iniciativa do estado juiz em requerer e providenciar a produção das provas que entender necessárias, não está sujeita aos

efeitos da preclusão. Mesmo que determinada prova tenha sido anteriormente indeferida, o juiz, a qualquer tempo, poderá requer a sua produção posterior. Os poderes instrutórios não se sujeitam a estes efeitos, isso porque, segundo BARBOSA MOREIRA³², trata-se de uma faculdade que o juiz pode realizar de ofício, a qualquer momento.

4.3 A Efetividade da Prestação Jurisdicional

A efetividade plena da prestação jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro está intimamente ligada com o tema acima tratado, qual seja, a influência dos princípios no processo civil moderno. O novo modelo de processo civil que se debate, não se contenta com decisões meramente formais, ou que, mormente colocam um fim formal ao processo. O processo civil contemporâneo quer mais, deseja ser efetivo e eficaz.

A efetividade da prestação jurisdicional está firmada em princípios, normas e regras do ordenamento jurídico brasileiro. Estas por sua vez devem ter como finalidade maior a busca, ou a facilitação desta, pela melhor prestação jurisdicional. Não merecendo guarida no ordenamento jurídico pátrio regras que sirvam única e exclusivamente para desmerecer o resultado efetivo da jurisdição estatal.

Veja, não se pretende pleitear aqui que seja 'jogada ao vento' as premissas da segurança jurídica proporcionada pelo positivismo jurídico do ordenamento brasileiro. Entretanto, deve ser analisado o caráter pacificador que detém o processo em uma sociedade de litígios constantes. O processo é um dos instrumentos para a busca da, mesmo que utópica, paz social, devendo esse fator ser ponderado no momento de análise do futuro do processo civil brasileiro.

A construção filosófica de processo que é gerada na doutrina pátria decorre muito da própria história deste instituto. O processo, como dito em tópicos

³² MOREIRA, José Carlos Barbos . O Novo Processo Civil Brasileiro. (2009).

iniciais deste trabalho, é percebido através de sua história como aquele que tem o condão de proporcionar a viabilidade e aplicabilidade do direito material. Essa é, inclusive, o que se encontra na doutrina garantista atual. Para estes, o processo não tem um fim em si mesmo, somente encontra finalidade, se vislumbrado à ótica do direito material.

Sua evolução somente ocorre em meados do século passado, quando então se debate a finalidade e instrumentalidade do processo, dando ao instituto a devida importância que este tem. A partir de então se vislumbra um processo como um fim em si mesmo. É deixada de lado a análise de processo como meio para efetivação do direito material, passando a ser visto como um verdadeiro mediador social. Nos dias atuais, é plenamente possível compreender a afirmativa de que processo é um meio de ingerência do estado nas questões privadas da sociedade.

A partir dessa concepção (de que o judiciário pode ser a solução para um litígio privado) surge então no subconsciente social a certeza de que é proporcionado a todos a possibilidade de levar ao judiciário suas causas, para que sejam definitivamente julgadas à luz da jurisdição estatal e assim gozem da segurança jurídica proporcionada por este método.

Isso porque, é notória a força que detém as decisões judiciais no estado de direito brasileiro. O poder persuasivo que detém a coisa julgada em nosso ordenamento nos faz repensar que o processo deve ser conduzido da melhor maneira possível, afim de que não tenhamos decisões erradas que posteriormente seja difícil, se não impossível, a sua desconstituição.

O impacto gerado pela tutela jurisdicional na sociedade atual é gritantemente diferente do que se tinha no início do século passado. O reflexo disso é uma sociedade que cada vez mais se debate o tema de acesso à justiça mais do que a qualidade deste acesso, oportunizado aos indivíduos. A grande discussão sobre acesso a justiça, a melhor forma de proporcioná-lo, etc., e também o inegável incentivo que é dado a sociedade moderna, para que ela cada vez mais dependa de um provimento estatal para a solução de seus litígios, tem gerado um judiciário sobrecarregado³³.

³³ Inerentes ao tema, as palavras da professora Cecília Matos (in O ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor, 1994, Revista de Direito do Consumidor, n. 11). Vejamos: "Se, de início, o processo era mera tradução formal de prerrogativas também formais do cidadão, atualmente se

Muito se tem debatido a respeito disso. A prova da sobrecarga estatal se demonstra pela baixa qualidade dos provimentos jurisdicionais que cada vez mais buscam ser substituídos (ou auxiliados) pelos chamados 'meios alternativos de solução de conflitos'. O destaque dado a esse tema é magnífico, entretanto, não pode (nem deve) mascarar a realidade que está por trás destas campanhas, a baixa efetividade das tutelas jurisdicionais, e a sobrecarga processual que padece o judiciário brasileiro.

O direito a tutela jurisdicional efetiva tem caráter eminentemente constitucional. Isso porque o Estado ao vedar a autotutela no ordenamento jurídico, trouxe a jurisdição para exercício privativo seu. Tão logo, previu no inciso XXXV, do art. 5º que caberá ao judiciário a análise de lesão ou ameaça a direito, donde decorre o conhecido direito de ação. Todavia, presume-se que, ao levar ao judiciário determinado litígio (direito de ação), o mínimo que se possa esperar é que ele seja resolvido de maneira efetiva e compatível com a natureza do direito material ameaçado.

Entretanto, não é o que acontece. O processo civil pré-moderno optou por se apegar fortemente a formalidades processuais, se esquecendo do direito substancial que há por trás da letra da lei, o que tem sido a principal causa de morosidade na justiça brasileira. Podemos dizer que, nós colhemos hoje um judiciário formalista que foi plantado pelos nossos processualistas antecessores. Dessa forma, uma melhor qualidade do processo que se tem atualmente, passará diretamente pelo melhoramento do procedimento adotado atualmente pelo ordenamento jurídico pátrio.

A doutrina fala em técnica processual para definir o tema em questão. Para grande parte dos doutrinadores modernos (dentre eles destacamos os mestres Guilherme Marinoni e José Roberto Bedaque) a melhora das técnicas processuais

afigura muito mais como instrumento efetivo de garantias fundadas no devido processo legal e no sistema político constitucional, afastando-se de qualquer possibilidade de denegação da Justiça ou violação de direito fundamental. Vencidas as duas primeiras ondas renovatórias do processo – destinadas a garantir tanto a assistência judiciária como o reconhecimento e tutela dos interesses difusos –, vive-se o desejo em alcançar a universalidade da jurisdição. Pretende-se, deste modo, questionar a qualidade do serviço jurisdicional, inventariando as carências e obstáculos do atual sistema para confrontá-las com as alternativas que viabilizam soluções adequadas”.

(procedimento) que circunda o processo civil brasileiro é a chave para um processo civil mais efetivo³⁴.

Dentre os instrumentos que se mostram mais adequados à solução deste problema, sem dúvida passa pela análise de um processo civil mais dinâmico e orgânico. Muito se fala no princípio processual da instrumentalidade das formas e da fungibilidade (ambos os princípios tidos por sua natureza jurídica constitucional) e sua extensa aplicação na seara jurisdicional como forma de viabilizar decisões menos formais e mais efetivas no plano da materialidade e solução de litígios.

Tudo isso, em resumo gira em torno do tema conhecido por 'finalidade do processo', nome dado pela doutrina moderna a teoria que consiste em dizer que o processo, como instrumento que é de pacificação social e de resolução de litígios reais, deve considerar a finalidade para que foi criado e, assim como toda ferramenta que sofre desvirtuações no decorrer de sua evolução, identificar quais fatores não são compatíveis com a sua finalidade originária, para que assim possa eliminá-las.

Bem como, identificar quais teorias, métodos e formas que se aplicam ao processo civil atual que sejam plenamente compatíveis (ou não) com sua finalidade, para que assim, possa absorver novas ferramentas na busca pela efetividade finalísticas do processo.

Trata-se na verdade do equilíbrio que deve ser buscado pelo processualista civil, a fim de que se tenha um processo civil formal (sem que se abra mão da segurança jurídica do direito positivado e suas regras e postulados), mas também um processo civil efetivo (com técnicas, meios e teorias que permitam ao julgador desfrutar de um processo civil ágil e efetivo), para que assim se possa ao menos almejar tutelas jurisdicionais dotadas de efetividade.

O grande conflito hermenêutico que deverá ser enfrentado pelo processo civil contemporâneo está calcado basicamente nessas premissas: a

³⁴ Bem resume a questão, as palavras do professor José Roberto dos Santos Bedaque (Efetividade do Processo e Técnica Processual, 2010, p.17), vejamos: "hoje, pensa-se no processo de resultados. O instrumento estatal de solução de controvérsias deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção. Diante de tal premissa, torna-se necessário rever a técnica processual, para adequá-la a essa nova realidade".

efetividade do processo (na premissa de meio de pacificação social) *versus* formalismo jurídico (apoiado na ideia de que o formalismo traz segurança jurídica às partes). A tendência dos processualistas modernos, e demais estudiosos da área, é que cada vez mais seja mitigado o formalismo jurídico (e leia-se somente formalismo, e não segurança jurídica) em favor a efetividade do provimento estatal.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque³⁵, podemos sintetizar que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona as partes o resultado desejado pelo direito material”.

Seria tolice da parte de quem analisa a situação, pensar que somente o atributo da celeridade colocaria fim ao problema da efetividade jurisdicional. Devemos ir além, garantir o mínimo de segurança jurídica ao processo é também necessário para que, somente assim, as tutelas possam surtir efeitos no mundo fático. Não se trata de uma supervalorização da segurança jurídica em detrimento da celeridade e efetividade do processo, mas sim, como dito, um equilíbrio em ambas as premissas³⁶.

A solução apontada por parte da doutrina gira ao redor da questão dos procedimentos diferenciados. Implica dizer que um único procedimento, ou ainda um procedimento enrijecido, ao invés de aproximar a tutela jurisdicional do seu objetivo que é ser efetiva, o afasta. Isso porque, um procedimento que trata os sujeitos da relação jurídica processual igualmente, na realidade gera desigualdade (isso é claramente uma extensão a premissa constitucional de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida em que se desiguam – princípio da igualdade).

Ou seja, um procedimento para que seja efetivo em seu dever de tutelar corretamente o direito substancial que lhe é proposto, deve permitir ao aplicador do direito que tenha em mãos um procedimento flexível, não a ponto de

³⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2010, p.49.

³⁶ Nas belas palavras de BARBOSA MOREIRA (*O futuro da Justiça: alguns mitos. Temas de Direito Processual, Oitava Série*, 2004, São Paulo, SARAIVA, p.5) resume-se o citado equilíbrio de forças que necessita o processo civil: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”

infringir a tão perseguida segurança jurídica, mas a ponto de permitir que diante das particularidades do caso concreto, possa flexibilizá-lo de forma a igualar as forças de cada indivíduo e assim, conseguir um processo civil mais equânime e célere.

Em resumo, o direito processual civil evoluiu e cada vez mais tende a trazer para si a tutela de direitos transindividuais e metaindividuais. Entretanto, ocorre que seu procedimento não seguiu a sua evolução, restando assim institutos arcaicos e formais, a ponto de enrijecer um sistema que já caminha com dificuldades. A grande questão para solução passará então pela reformulação de institutos e premissas básicas desta ciência.

4.4 Carga Probatória Dinâmica e o Novo Processo Civil Brasileiro

Trataremos neste tópico da aplicação da teoria que é tema deste trabalho no ordenamento processual moderno, como forma (e mecanismo) de viabilizar uma tutela jurisdicional mais efetiva.

Caberá a análise do tema, as questões doutrinárias divergentes e conflitantes, bem como a demonstração dos temas e matérias pacificados entre a doutrina moderna.

A distribuição dinâmica no ônus da prova (ou como concluímos no capítulo anterior, a 'inversão' do ônus da prova) como meio alternativo para que, diante de casos em que a aplicação da regra estática trouxesse para as partes uma decisão extremamente injusta, o aplicador do direito pudesse flexibilizar a norma tornando-a dinâmica tem como grande apoiador e difusor o processualista argentino Jorge Peyrano.

Peyrano, se não criador, foi o grande precursor da teoria, citada por ele em diversas oportunidades que teve suas escritas publicadas. Para ele a norma estática não poderia prevalecer como único regramento no ordenamento jurídico. É necessário regras e mecanismos que flexibilizem o procedimento ao caso concreto, de forma a permitir uma prolação de provimento estatal efetivo.

Nessa mesma seara é o que pontuamos acima. Um provimento jurisdicional efetivo passa não só por meios de acelerar o processamento das lides em nosso sistema judiciário, mas também por um ordenamento jurídico capaz de oportunizar ao aplicador do direito as devidas ferramentas para que possa diante do caso concreto, aplicar a melhor regra processual cabível. É dessa forma que Peyrano concebeu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Tal teoria tem o condão de prever no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de que, por meio de decisão devidamente fundamentada (princípio livre convencimento motivado), o juiz inverta o ônus da prova entre partes, a fim de que o autor ou o réu tragam aos autos prova que inicialmente não era de sua obrigação a produção. Trata-se de exceção a já debatida distribuição estática.

Através desta teoria busca-se o rompimento com a ideia de distribuição estática prevista no Código de Processo Civil como regra única de distribuição dos ônus probatório, com a conseqüente mitigação do formalismo jurídico em torno da prova (no aspecto de obrigatoriedade que os ônus sejam aplicados sempre da forma pré-disposta), oportunizando ao estado-juiz a análise do caso concreto, onde deverá constatar se necessária a inversão. O que de certa forma não retira das partes a segurança jurídica (em razão da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais).

A teoria tem como principal premissa a ideia de um processo civil cada vez mais próximo dos princípios constitucionais que permeiam o postulado normativo do devido processo legal, dentre eles a celeridade, a efetividade da tutela jurisdiciona, etc., como já explanado durante este trabalho.

Tem o viés de um processo civil prático, afastado das teorias e correntes meramente doutrinárias, trazendo a praticidade esperada do processo civil moderno. Ignora as posições das partes na relação jurídica processual, tendo por único objetivo a busca pela verdade real que cerca a lide. Para isso, oportuniza ao julgador a ferramenta necessária a busca e concretização desse objetivo.

Veja, há no processo fatos que precisam ser demonstrados, esclarecidos diante do estado-juiz. Com a aplicação dessa teoria pouco importa quem alegou o fato, a necessidade de esclarecimento deste é maior que a vontade das parte. Daí decorrer a íntima ligação com o tema dos poderes instrutórios do juiz,

em razão de que ambos, são entendidos pela doutrina processualista moderna, como de caráter indisponível, onde o interesse estatal supera o interesse dos particulares.

Segundo concepção de parte da doutrina que já escreveu sobre o tema, pela teoria das cargas dinâmicas não se observa em qual polo da relação jurídica processual está cada parte, nem quais fatos devem ser provados por elas. A questão gira em torno de que o juiz deverá identificar quais provas convém serem produzidas, e qual parte reúne maiores e melhores condições de produzi-la. A partir da verificação de necessidade probatória, e por determinação do estado-juiz, o sistema passa de um estado rígido, para um aspecto dinâmico.

Para parte da doutrina que leciona sobre o tema, há na distribuição dinâmica dois interesses distintos. *A priori* um interesse estatal na solução do litígio e na correta elucidação dos fatos, no sentido de que é interesse do estado que haja a descoberta da real verdade dos fatos para a prolação de decisões justas, tendo o processo a solução que melhor lhe cabe. *A posteriori* o interesse das partes em desviar-se da ocorrência de eventual prova diabólica, na busca pela obtenção de um provimento jurisdicional adequado oriundo do estado-juiz.

Isso porque o interesse público em emitir decisões justas (e aqui usasse o sentido de devidamente fundamentadas e amparadas pelos autos) se satisfaz com o julgamento do mérito de forma objetivamente, apegando-se a regra de julgamento fixada pelo art. 333 do Código de Processo Civil. Somente não estaria satisfeito o interesse público caso houvesse ainda a possibilidade de nova demanda a respeito do mesmo tema, envolvendo as mesmas partes (na hipótese, por exemplo, de julgamento sem análise do mérito).

Entretanto, o interesse particular não se satisfaz com estas decisões 'justas'. Para este, é necessário que haja a busca e a demonstração da verdade real, ainda que inevitavelmente desfavorável a uma das partes. Isso porque, o interesse particular está relacionado com a questão de fundo debatida nos autos e não com o mero formalismo procedimental que rodeia e permeia o mérito do processo.

Outra importante questão que se relaciona com o tema, trata-se da legitimidade dessa teoria. Doutrinadores pátrios tradicionalistas ainda insistem em

negar à teoria, a validade jurídica que lhe é merecida. Isso porque acenam com a questão de que a premissa da segurança jurídica fixada pelo art. 333 do Código de Processo Civil, não pode ser “jogada aos ventos”, para que se busque um processo mais célere.

Para estes o conflito do postulado do devido processo legal (no aspecto de que a celeridade está inclusa neste conceito) e o princípio da segurança jurídica, ao sofrerem ponderação o que deve prevalecer é o princípio da segurança jurídica. Por óbvio que ambos são normas de caráter eminentemente constitucional, mas em que pese respeitável entendimento desses, muito cristalino que deva prevalecer o devido processo legal (não só por seu aspecto de celeridade, mas muito mais pelo aspecto da efetividade, isso porque um processo para que seja devido, deve ser efetivo).

Entretanto, a doutrina majoritária, inclusive já encampada por decisões do Superior Tribunal de Justiça (como já citado em tópicos anteriores), afirma que não se trata de conflito entre o postulado do devido processo legal e o princípio da segurança jurídica, mas sim um conflito entre o formalismo processual excessivo e a finalidade efetiva da tutela jurisdicional (que é consequência lógica do processo).

Entendem que não se trata de abandonar a segurança jurídica, até porque está previsto no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do julgador analisar as lides que lhe são propostas à luz das doutrinas e teorias existentes (essa é a premissa fixada pela Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro). Dessa forma, no sopesamento de valores, diante da previsão legal de julgamento conforme posições doutrinárias (que é costume do judiciário brasileiro).

Vale anotar, como já mencionado em tópicos anteriores deste trabalho, há decisões proferidas por Ministros dos Tribunais Superiores, onde na oportunidade já se manifestaram sobre o tema da distribuição dinâmica em seus julgados, dando total aplicabilidade à teoria. O que se percebe é que para estes é de bom grado a nova ferramenta, isso porque, mais do que ninguém são estes os que convivem diariamente com a rigidez da distribuição única e estática, prevista pelo Código de Processo Civil.

Com isso, a corrente que mais ganhou peso e apoio no ordenamento jurídico é a que entende totalmente possível a distribuição dinâmica do ônus da

prova. Tanto é assim que o Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que está em vias de aprovação final, vem em seu art. 380, § 1º, prever a possibilidade de que o juiz, em face do caso concreto, inverta o ônus da prova de maneira diversa do *caput* deste dispositivo (que traz a regra estática como regramento geral das tutelas no processo civil brasileiro).

A previsão no texto do novo código é a pedra de legalidade que faltava à teoria para que, assim, ela possa ser efetivamente aplicada pelos juízes de primeira instância aos processos que julgarem. A questão, já debatida no tribunal superior, ganha o devido reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

Outro ponto de importante discussão é o adequado momento para dinamização do ônus probatório. A doutrina não diverge de forma destacável da posição que preconiza a inversão do ônus no melhor momento a garantir o direito da parte que produzirá a prova ao contraditório. O estado-juiz não pode distribuir o ônus de forma que desonere uma parte mas por outro lado onere excessivamente a outra. O direito ao contraditório e os meios cabíveis à proteção da ampla defesa deverão ser preservados.

Dessa forma, não nos cabe estabelecer um momento único, e regarmos para que todas as decisões casuísticas sigam esse modelo, mas sim delimitarmos que todas as decisões que invertem os ônus da prova, devem respeitar os direitos básicos de um devido processo legal, dentre eles destacando-se o contraditório da prova.

Contudo, apesar de nossas afirmações acerca da viabilidade da efetivação da corrente no ordenamento jurídico, é preciso transmitir a informação acerca das teses e críticas contrárias à corrente que existem no ordenamento jurídico mundial. Passemos então a analisar as críticas e pontos negativos apurados.

Como nem toda teoria é capaz de agradar a todos, diferente não seria com o ordenamento processualista. A presente teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova conta com críticas, e aspectos apontados como negativos para sua aplicação diante do ordenamento jurídico brasileiro.

O ponto a ser debatido é no tocante a própria concepção da teoria da distribuição dinâmica por seu precursor. Segundo a concepção de Jorge Peyrano, as

cargas probatórias dinâmicas, tendo em vista a efetividade do processo, deveriam aplicar-se no ordenamento jurídico processual de forma a serem afastadas o regramento geral e somente mantendo a distribuição dinâmica. É o que pretende, por exemplo, a doutrina que discute as cargas probatórias no processo coletivo, como veremos a frente.

O nosso entendimento é no sentido de que a distribuição dinâmica pura e simples como pretende Peyrano, sem um regramento geral que esteja estabelecido anteriormente pelo legislador em torno das provas civis somente enseje aplicação em torno do processo coletivo, em razão da natureza jurídica dos direitos tutelados por ele. Entretanto, no que tange ao processo civil individual, entendemos ainda de grande importância a manutenção do regramento geral de distribuição probatória.

Isso porque, desde que possibilitado ao juiz a distribuição de forma dinâmica no decorrer do processo quando vislumbrado esta necessidade, em nada atrapalha o regramento geral, muito ao contrário, traz a legalidade necessária, afastando qualquer desconfiância que somente a distribuição dinâmica traria.

4.5. Carga Probatória Dinâmica e os Direitos Transindividuais

A grande premissa que devemos fixar inicialmente aqui na tutela de direitos transindividuais é que direitos especiais merecem tutelas e garantias especiais.

Os direitos transindividuais englobam os chamados direitos de 4ª geração, ou ainda direitos coletivos, direito das minorias, etc. Trata-se de um conjunto de direitos e princípios que não fazem parte dos chamados direitos individuais quais sejam, os direitos que cada indivíduo detém em suas relações jurídicas pessoais (o já conhecido direitos patrimoniais). Essa esfera de direitos coletivos se diferenciam na medida em que não tem como seu titular um único indivíduo determinado, mas sim um número indeterminados de sujeitos.

O processo coletivo (ou a tutela dos direitos transindividuais) teve suas origens minadas pelo Código Civil brasileiro de 1916, onde expressamente o

diploma legal excetuou as ações coletivas do rol de ações cabíveis para defesa de direitos previstos naquele arcabouço. O direito das minorias veio então ser debatido muito em decorrência dos estudos acerca da evolução do processo civil não mais como mero instrumento do direito material, mas como uma ciência autônoma, completa em si mesmo.

FREDIE DIDIER³⁷ ao debruçar-se sobre a história das ações coletivas, afirma que o surgimento destas foi extremamente influenciado pelo momento vivido pelo direito brasileiro. As já citadas discussões internas (e também externas) em torno da reformulação do processo civil existente, buscando maior efetividade e autonomia à ciência processual, acrescido das discussões político-jurídicas que se davam em torno da reorganização democrática do Estado brasileiro, também influenciadas principalmente por processualistas extremamente ativos, obtiveram por produto a consolidação de um estado democrático constitucional em 1988. O processo coletivo, assim como quase todo ramo do direito, tem uma formação eminentemente histórica.

Agrega-se ainda a este roteiro, as já conhecidas gerações de direitos, muito bem desenvolvidas pelos Ilustres Professores Norberto Bobbio e Paulo Bonavides, onde em suas obras afirmam estes autores estarmos vivenciado em nossa sociedade atual os direitos de quarta e quinta geração, considerados como sendo estes os direitos a paz, segurança, biodireito, etc, todos estes direitos de natureza transindividual ou coletivo.

E merece guarida essas afirmações. Como citamos em tópico passado, o ordenamento jurídico processual advinha de um modelo onde o Código de Processo Civil detinha o adjetivo de centro gravitacional do ordenamento processual. Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor em meados de 1990, houve a citada cisão legal, passando o novo Código de Defesa do Consumidor, a dividir com o Código de Processo Civil a responsabilidade pelo ordenamento processual civil brasileiro.

Para a doutrina pátria os *códex* se cingiram a tutelar os direitos da seguinte forma: o Código de Processo Civil tutelando os direitos individuais de cada

³⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil, v.4. 2013 – Salvador, JUSPODIVM, 8ª ed., p. 30.

indivíduo e o Código de Defesa do Consumidor como grande expoente e representante dos direitos transindividuais, e principal responsável pela interligação entre os dois sistemas e a manutenção da harmonia entre normas do ordenamento jurídico pátrio. Essa afirmação se sustém pela própria redação dada aos arts. 90, 110 e 117, todos do Código de Defesa do Consumidor, que amarrou os subsistemas coletivos ao Código de Processo Civil.

Com a evolução dessas esferas de direito, a crescente (e cada vez maior) previsão destes direitos em nosso ordenamento jurídico, deve haver para cada novo direito um procedimento que assegure sua execução. A questão que se põe é se o Código de Defesa do Consumidor ao tomar para si a posição de polo do subsistema dos direitos transindividuais, está estruturado para manter-se em tal posicionamento, ou serão necessárias mudanças em torno do ordenamento jurídico para suportar o processo civil moderno.

4.5.1 Princípios do Processo Coletivo

O processo coletivo é dotado de certa peculiaridade que lhe é oriunda muito em razão dos direitos que lhe cabe tutelar, mas também dos procedimentos que lhe são aplicáveis em razão da natureza destes direitos. Explicamos. Os direitos tutelados pelo processo coletivo (direitos de quarta e quinta geração) são investidos de peculiaridades que os tornam diferentes ao demais direitos. São peculiaridades inerentes a sua própria natureza jurídica. Se não bastasse, em razão dessa peculiaridade natural desses direitos, há por consequência procedimentos também peculiares, a ponto de adequarem-se as diferenças desses 'novos' direitos.

A princípio denota-se que o arcabouço jurídico processual que tutela os direitos individuais, como veremos mais adiante, não está preparado para suportar a tutela dos direitos coletivos. Isso porque, como dissemos no início deste tópico, direitos especiais requerem tutelas e garantias especiais, o que não se pode contemplar no atual sistema processual. Dessa forma, a doutrina desenvolve princípios e normas diferentes e particulares a esse 'instituto', como forma de 'flexibilizar' o processo individual, a fim de aplicá-lo aos processos de natureza coletiva.

Com isso, os princípios (já citados e debatidos em tópicos anteriores) ganham maior ênfase e aplicação nesse tema, em razão da citada necessidade de confrontar questões e regras formalistas e impróprias à aplicação do direito aos direitos as massas e minorias.

Dentre estes diversos princípios, o primeiro que destacamos é o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito no processo coletivo. Por meio deste princípio implica dizer que o foco do processo deverá ser sempre a melhor solução com relação ao mérito da causa. O juiz se voltará a buscar, com todos os meios possíveis a solução do litígio.

Aqui, abrimos um parêntese para uma observação.

A doutrina moderna afirma que, a fim de buscar a efetiva solução do litígio coletivo, o estado-juiz deverá analisar os requisitos formais e procedimentais de admissibilidade das causas que lhe são propostas de forma 'mais larga', ou mais 'flexível', observando tratar de causa que envolve interesse social, não devendo se apegar a questões processuais que levem a extinção da causa. Entretanto, discordamos.

Por óbvio que no processo coletivo, as partes deverão colaborar para que a solução do litígio seja rápida e satisfatória, de modo que não se detenham em esbarrarem por muitas vezes em pequenos empecilhos que são inerentes ao processo civil comum. Contudo, certo cuidado deve ser tomado ao aplicar friamente esse pensamento desenvolvido pela doutrina.

Isso porque, o que não se pode perder de vista é que o estado-juiz, mais do que buscar a efetividade do processo, está nesta posição da relação jurídica processual, para garantir que sejam aplicados todas as garantias e deveres que as partes detém dentro do processo. Não pode o estado-juiz assumir uma postura pró-estado, de forma a supervalorizar o interesse público na demanda. A sua principal função é garantir a imparcialidade do processo e não mitigá-la.

Veja, permitir que se flexibilize requisitos de admissibilidade em um processo (seja ele coletivo ou não) é claramente agir em desconformidade com os próprios princípios norteadores da jurisdição. É plenamente possível que se busque a efetiva tutela do processo coletivo sem que seja necessário lançar mão das garantias e deveres que as partes detém. E mais, assim procedendo, há clara

violação das regras que norteiam o postulado do devido processo legal constitucional isso porque a função básica do estado é não só garantir a efetividade do processo, mas também a segurança jurídica deste.

O segundo princípio a ser citado como inerente ao processo coletivo é o princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva. Por meio deste, busca-se tutelar o processo coletivo da morosidade que toma conta do Poder Judiciário brasileiro em razão da importância que permeia a tutela coletiva. Implica dizer que é oportunizado ao juiz a ferramenta para que ele dê prioridade de tramitação aos processos coletivos, sob a justificativa de que o objeto de julgamento do processo coletivo envolver direitos tidos por indisponíveis e essenciais da sociedade, além de envolver o já citado caráter especial dos direitos transindividuais.

Afirmam também que por via reflexa o processo coletivo detém o poder de resolver demais processos individuais que estejam pendentes de julgamento que versem sobre o mesmo tema debatido nos autos. Isso porque, na relação jurídica coletiva a lide não se instaura somente entre autor e réu, mas entre grupos diversos que tem a capacidade de envolver grandes classes e setores da sociedade.

A doutrina cita como exemplo real e prático, o previsto no provimento 50/2008, da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, que regulamenta a tramitação deste tipo de processo coletivo dentro de seu tribunal. Pelas informações que se extrai da leitura da norma, a prioridade dada é tamanha a ponto de termos processo coletivos que tramitem mais rápidos que processo que tem por tutela a vida humana.

Muito por isso, vemos a aplicabilidade deste princípio com moderação, ou com certa relatividade. Isso porque por óbvio que processos que envolvam interesses difusos têm certa prioridade, por exemplo, em relação a processos que debatam indenização por danos morais, ou reparação de danos em veículos, em razão de que neste tipo de processo o dano já ocorreu, e buscasse somente a reparação deste. Já no processo coletivo, pode, por vezes, estar buscando evitar a ocorrência de um determinado dano a coletividade. Nessa seara, entendemos que o princípio se sustenta por sua própria finalidade.

Entretanto, imaginemos a hipótese de que esteja em questão a prioridade de tramitação e realização de atos jurisdicionais diversos dentro do

processo coletivo face um processo que discuta, por exemplo, a concessão de remédios por parte da fazenda pública (processos estes que cada vez mais vem ganhando números dentro dos nossos tribunais, o que traz o caráter de realidade ao exemplo) não se mostra razoável a prevalência do primeiro em relação ao segundo, pela simples razão de que o bem jurídico vida é completamente superior ao bem jurídico da celeridade processual. E nesse aspecto, entendemos que a mitigação do princípio é necessária.

Outro tópico que debateremos é o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, que se resume em dizer que são admitidos para fins de tutelar os direitos coletivos todas as medidas, procedimentos, provimentos que se mostrem aptos. Trata-se de tema já previsto em nossa legislação, por diversos cadernos jurídicos, dentre eles o Código de Defesa do Consumidor. Mostra-se plenamente aplicável às tutelas coletivas, em razão da expressa previsão da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

A previsão é pequena, se comparada a importância de organização procedimental que cerca o tema. Isso porque, a necessidade de organização do procedimento que deve ser adotado ao processo coletivo é extremamente importante, dada as particularidades que norteiam os institutos e direitos, como já ponderado em linhas anteriores.

Com relação ao tema, não há grandes ressalvas a serem feitas no que tange a esse princípio, isso porque, é pacífica e já largamente debatida a previsão legal da possibilidade ampla de defesa dos direitos transindividuais. O que se mostra pertinente ressaltarmos é que, em que pese a legislação dizer que são aptos a defesa dos direitos coletivos todos os meios cabíveis para tanto, pontuamos que deve haver, no mínimo, para fins de proteção não só da segurança jurídica processual, mas de princípios constitucionais básicos, previsão da medida a ser tomar.

Em resumo, não poderá o juiz adotar medidas que não haja sequer previsão legal, ou ao menos debate a respeito do tema dentro das linhas doutrinárias pátrias. Isso porque, não restringir a aplicação desse princípio, é oportunizar que uma gama extremamente grande de julgadores, de diversas culturas e formações intelectuais, possam trazer para dentro do ordenamento jurídico pátrio

qualquer teoria ou princípio que lhe convenha, sem que haja qualquer análise de sua recepção pelo ordenamento pátrio.

Por óbvio que esse poder de trazer para o processo qualquer elemento que lhe influencie o julgamento é oportunizado ao juiz por meio do livre convencimento (que, entretanto, é condicionada a devida motivação da decisão). Entretanto, estabelecer essa possibilidade através de um princípio, levando-se em conta a já citada importância que detém os princípios no processo civil contemporâneo, não se mostra razoável, mas sim extremamente arriscado.

O último princípio que nos convém citar é o da máxima efetividade do processo coletivo que consiste em dizer que o processo coletivo deve ser dotado de efetividade real e não meramente formal. Está intimamente ligado ao tópico da efetividade do processo citado acima. O processo não deve buscar, ou preservar, o apego excessivo ao formalismo, mas sim lutar de todas as formas possíveis para que a tutela jurisdicional seja a mais efetiva possível. Gira em torno da discussão de que o juiz não deverá ficar preso a julgamentos de mérito formais, mas sim julgamentos efetivos, que tragam solução as lides propostas.

Aqui, fazemos uma grande ressalva. A doutrina afirma que para que se busque a efetividade da tutela, o juiz deverá lançar mão de todos os meios possíveis, deixando para trás princípios básicos da segurança jurídica como, por exemplo, a congruência de suas decisões. Não é esse nosso entendimento. Como dito acima, o estado-juiz se mostra na relação jurídica processual como garantidor de direitos e deveres das partes, e não de violador destes. Ademais, este próprio tem deveres e faculdades mínimos que devem ser respeitadas (dentre elas, por exemplo, a motivação e congruência de suas decisões).

Lançar mão dessas garantias mínimas, apoiando-se sobre a premissa de um suposto ativismo judicial em razão da natureza dos direitos tutelados, é tornar pior regras de uma situação que já se encontra bagunçada. Não é com esta anarquia procedimental que será superada a já conhecida morosidade e demais deficiências que permeiam o judiciário brasileiro de modo geral.

Ressaltamos que há conhecidos e renomados doutrinadores que gastam laudas de suas obras para dar guarida a tal atentado contra a segurança jurídica processual. Nestas hipóteses merecem guarida as alegações da doutrina clássica

de que o processo civil contemporâneo (seja ele coletivo ou individual) não pode, sob a afirmação de buscar a maior efetividade possível, lançar fora princípios básicos estruturantes de todo o sistema jurídico processual brasileiro.

Em resumo, toda matéria citada dentro deste tópico denominado 'Princípios do Processo Coletivo' não encontra previsão legal em nenhum dispositivo jurídico, ou *códex* existente. Em que pese a previsão legal existente no Código Consumerista e na Lei da Ação Civil Pública, ambos que já citamos há pouco, não há possibilidade de que somente por essas normas seja estruturado todo o procedimento que permeia o processo coletivo

Com essa pequena explanação mostra-se extremamente necessário que seja repensada a estruturação de um código próprio, que contemple regras de organização processual e jurídica própria, em razão do perceptível déficit que há na legislação atual. Tanto é assim que há tramitação de um anteprojeto para um Código Brasileiro de Processos Coletivos, o que se mostra de grande valia. Em razão de que, 'direitos especiais, requerem tutelas e procedimentos igualmente especiais'.

4.5.2 A Questão da Prova

Sobre o tema, há relevantes diferenças que devem ser debatidas, em razão da importância que há na prova civil no âmbito de processos coletivos. A doutrina é unânime ao afirmar que as regras gerais que permeiam a prova civil no processo individual não podem ser aplicadas, para alguns nem como regra geral, aos processos coletivos. Entendem que a questão da prova no processo coletivo requer regramentos especiais, dada a peculiaridade que cerca a prova destes direitos.

O que prevalece (e que tem ganhado apoiadores em diversos tribunais), é no sentido de que o regramento acerca da prova civil no âmbito dos direitos individuais é extremamente ultrapassado e formal para aplicação aos processos coletivos, a ponto de que sua aplicação ensejaria o enrijecimento do procedimento, e conseqüente favorecimento da morosidade processual, em desfavor da debatida máxima efetividade da tutela coletiva. Parte da doutrina entende que a regra geral

de divisão probatória do processo individual (art. 333, do Código de Processo Civil) sequer deve rondar o processo coletivo.

A afirmação doutrinária que cresceu e vem ganhando adeptos coloca para discussão que a regra de distribuição probatória do processo coletivo seja a distribuição do ônus da prova entre as partes de forma dinâmica, observando sempre no caso concreto qual parte se encontra em melhores condições de produzir a prova. Entendem estes, desnecessário e obsoleto a fixação de regra geral, isso porque o processo coletivo tem institutos e direitos *sui generis*, que requerem a sua análise sempre face o caso concreto.

Não há grandes diferenças acerca do que já debatido em tópicos anteriores no que tange a prova dinâmica. O que é trazido de inovação pelo processo coletivo e que nos cabe aqui ressaltar é a tentativa de que seja abandonada a definição de uma regra geral pré-estabelecida de distribuição do ônus da prova, cabendo a distribuição dinâmica o aspecto excepcional que lhe é inerente. Aqui não.

Pretende-se no processo coletivo que o ônus da prova sempre seja distribuído da forma não necessariamente melhor a uma ou outra parte, mas distribuída de forma que vise a efetividade da tutela coletiva, não importando sobre qual parte recaia determinado ônus. O sistema probatório clássico é posto de lado para que seja acolhida a dinamicidade que requer o processo coletivo.

Vale ponderar a respeito da justificativa dada pela doutrina para essa aplicação da distribuição do ônus da prova de forma ampla no processo coletivo. Para estes, vigora em sede de processos coletivos o caráter eminentemente público do processo. Ou seja, não há interesse privado a ser ponderado, o processo visa proteger o interesse público na manutenção da paz e segurança de sua sociedade. Tão logo, para estes, se mostra plausível todas as medidas que debatemos neste tópico, sem qualquer ressalva que fizemos. Em resumo, o interesse público na manutenção da paz e segurança social não pode encontrar barreiras ou empecilhos para a sua defesa.

A nossa concepção aqui é que se mostra razoável o que pretende essa parte da doutrina. Isso porque os direitos coletivos merecem uma tutela específica e adequada a sua realidade. De certa forma não se está deixando sem regramento a

questão da prova no processo coletivo, apenas permite-se que as regras sejam adequadas diante do caso concreto. Não falta de regramento acerca da prova civil, o regramento existe: a prova será dinâmica e adaptada caso à caso. Logo, não há falta de segurança jurídica alguma, mas sim uma maior flexibilização em torno desta.

5 CONCLUSÃO

A despeito de todo o exposto podemos concluir que o processo civil está definitivamente consolidado no ordenamento jurídico brasileiro como ciência autônoma de estudo, não podendo mais negar validade a suas teorias e teses que foram desenvolvidas pela doutrina processualista brasileira e estrangeira. A própria evolução histórica do processo civil aqui demonstrada e comprovada, consolida essa afirmação.

Partindo de um início extremamente atrofiado, o sistema processual evoluiu passando por fases intermediárias nebulosas e de difíceis debates e rompimentos que se fizeram necessários, crescendo a ponto de chegar no fim do século passado já com características extremamente perceptíveis de um novo modelo de processo. A partir de então abre-se espaço para o início dos debates a respeito das novas teorias de direito processual civil (algumas delas já desenvolvidas em ordenamentos estrangeiros), culminando com reformas processuais internas com o intuito de melhorar o processo civil brasileiro (reformas estas já citada em tópicos anteriores, principalmente o primeiro deste trabalho).

Isto posto, chega-se a uma fase de evolução de teorias e regramento, onde encontra-se a teoria que aqui debatemos, surgindo-nos certeza que a positivação dessa teoria pelo eminente código de processo civil brasileiro é um importante avanço na seara de melhoras que necessita o Direito Processual Civil brasileiro.

Muito porque, em que pese a fragilidade que gira em torno do alcance da regra estática, é nitidamente ela que deva prevalecer, tendo a distribuição dinâmica um caráter subsidiário, de completude, somente devendo operar no campo da exceção (o que foi feito sabiamente pelos organizadores do projeto do novo código), visando, principalmente, a segurança jurídica da prova, que não pode ser perdida.

Essa exceção que permita a flexibilização da regra do art. 333, do Código de Processo Civil será uma importantíssima ferramenta dada ao Magistrado para que exerça sua jurisdição da melhor maneira cabível. Isso porque, como ponderamos, os provimentos jurisdicionais, acima de tudo, tem o condão de por fim

a lide e, por consequência, ser uma extensão da verdade real do mundo fático. Manter somente o regramento do art. 333 do atual Código de Processo Civil é permitir que a instrução processual seja engessada por regras genéricas.

Como vimos, o processo foi criado e evoluído para ser satisfatório e eficaz às partes (e também a sociedade, através dos interesses estatais de pacificação social) e assim deve proceder. O processo é dinâmico e deve ser assim entendido de modo flexível quando necessário.

Isso esta nova fase que se demonstra (onde estão inclusos as ferramentas: processo eletrônico, novo código de processo civil, teorias da efetividade do provimento jurisdicional, dentre outras) tentar realizar e faz se não perfeitamente, no mínimo em uma excelente tentativa, dando ao juiz mais uma ferramenta de equiparação das partes, em busca da utópica isonomia processual.

6 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2008 – São Paulo. MALHEIROS.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 2012 – São Paulo, RT, 15ª Ed.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 2008 – São Paulo, RT, 12ª ed, v 2.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. 2006 – Porto Alegre. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, n. 343, NOTADEZ.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 2012 – São Paulo, MALHEIROS, 13ª Ed.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro**. 2008. Disponível em http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090317234801.pdf, acessado em 29/08/2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**, 2010 – São Paulo, MALHEIROS. 3ª Ed.

_____. **Poderes Instrutórios do Juiz**, 2011 – São Paulo, RT. 5ª Ed.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. 1996 – São Paulo, 4ª ed., BRASILIENSE

BORBA, Joselita Nepomuceno. **Efetividade da Tutela Coletiva**, 2008 – São Paulo, LTr.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, v2, tomo I**. 2011 – São Paulo, SARAIVA, 4ª ed.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das Provas Cíveis: ilustrações doutrinárias e jurisprudenciais**. São Paulo. JUAREZ DE OLIVEIRA.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 2009 – Rio de Janeiro, 19ª ed., v. 1, LUMEN JURIS.

CAMBI, Eduardo. **Inversão do ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transindividuais: Alcance Exegético do art. 6º, VII, do CDC**. Revista de Processo, 2005 – São Paulo, RT.

CASTRO, Daniel Penteado. **Contribuições ao Estudo dos Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil: Fundamentos, Interpretação e Dinâmica**, 2010 – São Paulo. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06072011-095806/publico/MestradoResumidoDanielPenteadodeCastro.pdf>, acessado dia 29/08/2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, 2009 - Campinas, BOOKSELLER, 4º Ed.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. 2001 – São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 788, RT.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, v.2**. 2010 – Salvador, JUSPODIVM, 5ª ed.

_____. **Curso de Direito Processual Civil, v.2**. 2013 – Salvador, JUSPODIVM, 8ª ed.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil, v.4**. 2013 – Salvador, JUSPODIVM, 8ª ed

DIDIER JUNIOR, Fredie e outros (coords.). **O Projeto do Novo Código de Processo Civil – Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos**, 2012 – Salvador. JUSPODIVM. 2ª Série.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**, 2009 – São Paulo, 14ª Ed., MALHEIROS.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2009 – São Paulo, 6ª ed., MALHEIROS

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2013 – São Paulo, 7ª ed., MALHEIROS.

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência Jurídica**. 2001 – São Paulo, 5ª ed., SARAIVA.

DWORKIN, Ronald. **La Justicia con toga**. 2007 – Madrid, MARCIAL PONS.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2001 – São Paulo, 1ª ed., MARTINS FONTES.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. 2007 – São Paulo, 2ª ed., MARTINS FONTES.

_____. **O Império do Direito**. 1999 – São Paulo, 1ª ed., MARTINS FONTES.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 1980 – São Paulo, 2ª ed, ATLAS.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: O Dicionário da Língua Portuguesa**, 2008 – Curitiba, 7ª ed, POSITIVO.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. 2002 – Rio de Janeiro, 5ª ed., FORENSE UNIVERSITÁRIA.

FUX, Luiz e outros (coords.). **Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, 2006 - São Paulo, RT.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2008 – São Paulo, 2ª ed., SRS.

KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da situação do ‘senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica**. In: FUX, Luiz e outros (coords.). **Processo e Constituição – estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**, 2006 - São Paulo, RT.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2002 – São Paulo, 2ª e. RT.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Formalismo Processual e Dinamização do Ônus da Prova**. In **Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**, 2012 – São Paulo, ATLAS.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, 2010 – São Paulo. RT. 3ª Ed.

_____. **Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto**. 2007 – São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 862, RT.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, v.2**. 2013 – São Paulo, RT, 11ª ed.

_____. **Prova**. 2009 – São Paulo, RT.

MATOS, Cecília. **O ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**, 1994, Revista de Direito do Consumidor, n. 11.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. **Ativismo Judicial e Produção de Prova**. 2010 – Belo Horizonte. DEL REY.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente = Proof in procedural environmental law: need to overcome old**

paradigms to enforce environmental protection. 2011 – Belo Horizonte. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n.17.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro.** 2009 – Rio de Janeiro, 27ª ed., FORENSE.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 2000 – São Paulo, 6ª ed., RT.

NETO, Olavo de Oliveira e outros (coords.). **A Prova no Direito Processual Civil – estudos em homenagem ao Professor João Batista Lopes,** 2013 – São Paulo, VERBATIM.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Perspectiva Sistemática do Momento de Inversão do Ônus da Prova: do CDC ao CPC.** 2007 – Porto Alegre. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, n. 351, NOTADEZ.

_____. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil.** 2000 – São Paulo. RT.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito.** 1994 – São Paulo, 5ª ed., SARAIVA.

_____. **Filosofia do Direito.** 1996 – São Paulo, 17ª ed., SARAIVA.

SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Discriminación y Carga de La Prueba em El Proceso Civil,** 2011 – Madrid, MARCIAL PONS.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil.** 2012 – São Paulo, 15ª ed., v. 1, SARAIVA.

SCHMIDT, Larissa; RÖESLER, Lauro Roberto; AMARAL, Verônica do. **Inversão do Ônus da Prova no Direito Ambiental Brasileiro.** 2006 – Passo Fundo. Revista Justiça do Direito, n. 20 v., UFP.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 2009 – Rio de Janeiro, v. 1. FORENSE.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional,** 1999 – São Paulo. ATLAS.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 2006 – São Paulo, RT.

ZOLLINGER, Marcia. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais,** 2006 – Salvador. JUSPODIVM.