

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO.

**LIMITE DO DEVER-PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ FRENTE À DINAMIZAÇÃO
DO ONUS DA PROVA**

Amanda de Carvalho Peres

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO.

**LIMITE DO DEVER-PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ FRENTE À DINAMIZAÇÃO
DO ONUS DA PROVA**

Amanda de Carvalho Peres

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão do Curso de Pós-Graduação "*Lato Sensu*" para obtenção do Título da Especialização em Processo Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Sandro Marcos Godoy.

Presidente Prudente/SP
2018

**LIMITE DO DEVER-PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ FRENTE À DINAMIZAÇÃO
DO ONUS DA PROVA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Especialista em Direito.

Dr. SANDRO MARCOS GODOY
Orientador

NOME
Examinador

NOME
Examinador

“Se compreendêssemos, nunca mais poderíamos julgar.”

André Malraux

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus que sempre me fortaleceu na fé, me dando coragem para enfrentar os obstáculos e sabedoria para trilhar o meu caminho.

Aos meus pais, pela minha formação e confiança.

A minha avó, pelo carinho, pela paciência e dedicação, que foram essenciais para o alcance dos meus objetivos.

A minha família, que permanece sempre unida e forte acompanhando o meu crescimento e as minhas escolhas, sobretudo os meus irmãos que me fazem ser uma pessoa melhor para servir de exemplo.

Aos colegas que aceitaram carinhosamente o convite para comporem a mesa da banca examinadora.

A todos os professores do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, pelos ensinamentos e experiências que me ajudaram na formação acadêmica.

Enfim, a todos aqueles que aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim, e fazem os meus dias cada vez melhores.

Um muito obrigado.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 rompeu alguns paradigmas, dentre eles a codificação do instituto da dinamização do ônus da prova, que possibilita modificar o encargo de provar desde que preenchidos os requisitos para tanto. Tal regramento já era experimentado na vigência *codex* anterior em situações excepcionais, decorrente de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, todavia atualmente há previsão expressa na norma. Ocorre que a possibilidade de dinamização do ônus da prova aliada aos poderes-deveres instrutórios do magistrado e ao dever de cooperação no processo coloca o juiz em uma posição mais ativa e amplifica consideravelmente a sua autonomia dentro do processo, permitindo que possa agir *ex officio* em mais situações que outrora. Sob essa perspectiva o presente estudo equiparando ambos os códigos no que diz respeito ao ônus de provar e aos poderes-deveres instrutórios do juiz, questiona em quais situações o magistrado não poderá atuar *ex officio*, ou mesmo quando demandado a dinamizar o ônus da prova. Apontando quais são os agentes limitadores, evitando assim o cometimento de arbitrariedades pelo magistrado para o fim de garantir e equilíbrio entre as partes e uma decisão mais justa e efetiva que são coeficientes basilares do novo ordenamento processual.

Palavras-Chave: Processo civil. Princípios. Dever de cooperação. Protagonistas no processo. Dever-poder instrutório do juiz. Dinamização do ônus da prova. Mitigação dos poderes do juiz.

ABSTRACT

The 2015's Civil Process Code has caused some paradigm breaks, in between them the codification of the institute of burden of proof dynamics, which makes possible to change to prove since it has met all the requirements for that. Such regulations was already seen during previous codex validity in exceptional situations, due to jurisprudential and doctrinal understandings, however nowadays there is an explicit norm about it. Occurs that the possibility of burden of proof dynamics combined with the power-duties of the judge and the duty to cooperate place him in a active position amplifying substantially his autonomy in the process, allowing him to act ex officio in even more situations than before. Under this perspective, the present study, equating both codes regarding burden of proof and power-duties of the judge, question in which situations the judge is allowed to act ex officio, or even when requested to make the burden of proof more dynamic. Pointing who are the limiting agents, avoiding any arbitrary act by the judge, assuring balance between both parties and a fair and effective decision that are basic coefficients of the new law.

Key words: Civil Process. Principles. Duty of cooperation. Protagonists in the process. Power-duties of the judge. Dynamization onus of proof. Justice powers mitigation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO	11
2.1 Desdobramentos do Princípio da Cooperação	14
2.2 Reflexos do Dever de Cooperação	17
3 DEVER-PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ	22
3.1 Concepção Moderna do Direito Antigo	22
3.2 Do Dever-Poder Instrutório do Juiz no CPC/1973	26
3.3 Contraste do Dever-Poder Instrutório do Juiz entre os Códigos	29
4 ÔNUS DA PROVA	34
4.1 Da Prova	34
4.2 Do Ônus	37
4.3 O Ônus Estático do CPC/1973	42
4.4 Dinamização do Ônus da Prova no CPC/2015: Mudança de Paradigma	46
5 LIMITE DE ATUAÇÃO INSTRUTÓRIO DO JUIZ	53
5.1 Agentes Limitadores	54
5.1.1 Requisitos e critérios do artigo 373 §1º CPC/15	54
5.1.2 Princípio da adequação e da adaptabilidade	56
5.1.3 Princípio dispositivo	58
5.1.4 Direitos e garantias fundamentais	60
5.1.4 Vedação das provas ilícitas	63
5.1.6 Prova diabólica	67
5.1.7 Dinamização do ônus da prova por convenção das partes	71
6 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

1 INTRODUÇÃO

O tema central do trabalho apresentou os agentes limitadores do deveres-poderes instrutórios do juiz ou pelo menos parte deles a fim de mitigar a sua atuação quanto à dinamização do ônus da prova, vislumbrando coibir decisões arbitrárias garantindo uma decisão mais justa e efetiva.

Utilizo-se no desenvolvimento do trabalho o método dedutivo, partindo de uma premissa maior para uma mais específica, dentre o qual analisou-se as premissas previstas na norma processual civil sobre ônus da prova e os deveres-poderes instrutórios do juiz, fazendo uma análise histórica e evolutiva dos institutos, para posteriormente aplicá-la quando o magistrado for instruir o processo.

Destarte com a vigência do novo Código de Processo Civil verificou-se uma grande quebra de paradigma em vários institutos processuais aprimorando a efetivação da tutela, dentre os quais serão abordados o dever de cooperação, os deveres-poderes instrutórios do juiz e a dinamização do ônus da prova. Inovações estas que geraram um grande impacto na percepção do direito probatório, bem como na instrução do processo.

Essencialmente, este é o cerne do presente estudo e no intuito de investigar o enunciado iniciou-se apresentando o conceito, natureza jurídica e finalidade do princípio da cooperação, novidade codificada pelo novo código. Visto ser norma basilar para o desenvolvimento do tema, aferiram-se ainda quais foram os desdobramentos e reflexos que este princípio ocasionou aos sujeitos processuais e no desenvolvimento e efetividade do processo e da atividade probatória.

Posteriormente verificou se as transformações trazidas pelo recém-chegado princípio da cooperação atingiram diretamente o órgão jurisdicional, sua forma de atuação dentro do processo e quais os deveres decorrentes desta norma para o fim de proporcionar um processo mais justo e efetivo.

Em paralelo, mas em consonância ao princípio da cooperação apresentou-se uma incursão sobre o desenvolvimento histórico dos deveres-poderes instrutórios do juiz, contrastando o mesmo instituto do código anterior ao vigente, a fim de aferir concretamente a atual participação do magistrado e o seu poder de atuação no deslinde do processo.

Em um segundo momento expõe conceitos e definições retratados durante a evolução do direito sobre os institutos do ônus, da prova e do ônus da prova, ponderando quem tem o encargo de provar atualmente, analisando a acepção sobre o instituto da dinamização do ônus da prova previsto no novo código, e a transição do ônus estático para o dinâmico como mudança de paradigma.

Por fim, firmadas tais concepções sobre todos estes institutos com o viés probatório, identificou-se quais os agentes limitadores que mitigam a atuação do magistrado, objeto substancial do presente estudo. Nos quais se elencou alguns fatores com o propósito de coibir a atuação arbitrária do magistrado e de conduzi-lo a proferir uma tutela mais justa e efetiva.

À vista disto, insta salientar que o presente estudo não tem a finalidade de esgotar o tema, mas apenas colocar em pauta o princípio da cooperação seus desdobramentos e reflexos no desenvolvimento e efetividade do processo, somados ao dever-poder instrutório do juiz quanto à dinamização do ônus da prova, impondo a este um limite de atuação.

2 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Consoante narrado o tema ocupa-se em mitigar o poder de atuação do magistrado na dinamização do ônus, todavia antes da análise da questão principal é de suma importância conceituar alguns institutos que nortearão o deslinde do estudo, dentre eles o princípio da cooperação e seus desdobramentos, visto ser instituto inovador dentro da sistemática processual.

Em consulta ao dicionário verifica-se que a expressão “princípio” é ato de principiar uma coisa, causa primária, ou seja, o que da origem, embasamento a algo. Dentro do direito o significado não poderia ser diferente, enquadrando-se como uma norma antecedente que regula o comportamento ou ação e a consequente criação das leis.

No Direito os princípios são o alicerce, visto que as normas são criadas e aplicadas sobre os seus fundamentos. São, portanto, a estrutura básica e sólida de todo o direito tanto material como processual. Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 230), define princípio como:

(...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Preconiza Robert Alexy (2008, p. 123) que princípios são:

(...) normas que ordenam algo que, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado em medida tão alta quanto possível. Princípios são, segundo isso, mandamentos de otimização, assim caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas.

Para Alexandre Aboud (2008, p. 63) o papel dos Princípios consiste em:

(...) orientar e implementar o direito por caminhos abstratos, que dão rumo a todo um sistema normativo. Constituem-se, portanto, normas hierarquicamente privilegiadas, com predominância sobre outras regras por formarem o arcabouço do ordenamento jurídico.

Vislumbra-se que os princípios são normas jurídicas norteadoras e hierarquicamente privilegiadas, pois são consideradas como regras de direito qualificadas, nos quais se localizam em torno as demais normas e leis inferiores.

Na Constituição Federal estão presentes os princípios que norteiam não só o direito processual civil, mais como de todo o ordenamento jurídico, sendo a partir destas normas que o processo e toda relação jurídica deve-se formar e se pautar.

O princípio igualmente a uma lei carrega uma força normativa suficiente para servir de fundamento para uma decisão judicial. Desta forma, considera-se uma grave transgressão a violação, de princípios, pois basta transgredir uma destas normas para que toda a conduta praticada ou decisão proferida esteja contaminada pela ilegalidade.

Dentro do ordenamento pode-se detectar a presença de inúmeros princípios, tais como: imparcialidade do juiz, da oralidade, da motivação das decisões judiciais, da publicidade, da lealdade processual, da boa-fé, da instrumentalidade, do juiz natural, do convencimento motivado, do duplo grau de jurisdição, da disponibilidade, da inafastabilidade, dentre outros tantos aplicados à prática processual.

Com o viés de acompanhar a evolução do processo e das decorrentes relações o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu primeiro capítulo doze artigos que entabulam normas fundamentais pelas quais o processo civil deverá se pautar, além das previstas na norma constitucional, com o fim de adequar o procedimento.

Nota-se com uma simples análise dos artigos expressos no novo código que além de transcrever alguns princípios constitucionais houve ampliação no rol destes, com o fim de promover o equilíbrio na busca do aperfeiçoamento da máquina judiciária, readequando todo alicerce do sistema jurídico.

Vale ressaltar que dentro deste rol de novos princípios estão elencados alguns de origem constitucional, que estão sendo repisados com o fim evidenciar a sua aplicação. E além destes e orientados por estes foram instituídos princípios infraconstitucionais, com o fim de garantir a efetividade do processo e o seu procedimento.

Dentre eles iremos abordar longamente sobre o “princípio da cooperação” que atualmente tem redação implementada pelo Novo Código de Processo Civil, no seu artigo 6º que aduz:

Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A previsão expõe e aponta como fundamento do processo uma base eficaz e célere, denominado “ativismo judiciário”, exercido pelo juiz e ambas as partes. Este ativismo é a soma da participação efetiva e colaborativa das partes, com o fim de atender a finalidade processual, qual seja, a resolução da lide.

Imputando as partes corresponsabilidade pelo processo, inclusive ao juiz que deixa de ser mero expectador para atuar como protagonista, no qual não mais se limitará a ser mero fiscal de regras e de atos burocráticos para participar ativamente do contraditório.

A finalidade deste princípio, dentre outras assertivas, que serão posteriormente analisadas, é legitimar o procedimento, quebrando o paradigma de que os atos processuais serão apenas parte de uma ritualística formal e legal, para consolidar a teoria da relação jurídica triangular do processo (juiz, autor e réu).

Segundo o entabulado por José Miguel Garcia Medina (2015. p. 124-125):

O dever de cooperação é intersubjetivo, dizendo respeito a deveres entre as partes, desta para com o órgão jurisdicional, e também do órgão jurisdicional para com as partes.

O dever de cooperação, por parte do órgão jurisdicional, se manifesta, em sua forma mais rudimentar, no dever de decidir em observância ao princípio do contraditório, sem surpresa para as partes. Também se manifesta o dever de cooperação o dever do órgão jurisdicional, p. ex., de viabilizar a emenda da petição inicial, antes de indeferi-la. Tem o órgão judicante, assim, dever de esclarecer, prevenir, bem como de consultar e auxiliar as partes. Tal dever, em síntese, orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório, e não mais a de um mero fiscal de regras.

As partes, por sua vez, também são responsáveis pelos resultados do processo – ainda que defendam seus interesses pessoais. Deve haver colaboração também entre as partes, e não apenas das partes para como juiz, ou deste para com aquelas.

Em consonância ao narrado, segundo Nelson Nery Junior (2016, p. 218):

O disposto no CPC 6º se assemelha ao que consta do art. 266.º do ex-CPC port., segundo o qual existe um dever de cooperação judiciária entre todos os intervenientes processuais. (...) O atual CPC port. Promulgado em 2013, também trata da cooperação, em sentido muito semelhante ao que consta deste CPC 6.º, prevendo que magistrados, mandatários judiciais e partes devem cooperar entre si, concorrendo para obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio (CPC port. 7.º).

A cooperação entabulada pelo Código de Processo Civil figura como um dever imposto as partes do processo, e presume harmonia na prática dos atos processuais. Não se pode esperar comportamento diverso dos participantes do processo, visto que o propósito da jurisdição é a realização da justiça rápida e eficiente.

Nelson Nery Junior (2016, p. 219) narra que “há uma má compreensão do princípio da cooperação: não se trata de uma parte ajudar a outra; trata-se, sobretudo, de uma parte colaborar com a outra e como órgão jurisdicional para que o processo seja conduzido da melhor forma possível”.

Consoante o que se pode aferir o princípio da cooperação não se aplica somente aos sujeitos tradicionais: autor e réu. O entendimento majoritário da doutrina compreende que o dever de cooperação esta voltado especialmente ao juiz, com o fim de conduzir a sua atuação processual, figurando-o como um colaborador do processo, participante do contraditório, deixando de ser mero fiscal e aplicador das leis.

2.1 Desdobramentos do Princípio da Cooperação

Averiguou-se até o presente momento que o dever de cooperação esta previsto no artigo 6º do Novo Código de Processo Civil no seu Livro I do qual faz referência às normas fundamentais, e como norma basilar que é deve ser respeitado por todos os participantes do processo, inclusive pelo magistrado.

No intuito de continuar aprofundando sobre o tema, entretanto antes de vislumbrar os reflexos mais efusivos ao juiz provenientes desta mudança de paradigma, far-se-á necessário verificar os desdobramentos do princípio da cooperação.

O dever de cooperação, ainda pouco abordado, passa a compor com maior vigor o modelo constitucional de processo enfatizado pelo novo código. Sendo

o princípio da boa-fé fonte do princípio da cooperação, compelindo aos sujeitos do processo o dever cooperar.

Como fonte do princípio da cooperação o princípio da boa-fé impõe ao sujeito processual o dever de não atuar inculcado de má-fé. Proibindo o exercício de posições jurídicas processuais que configurem abuso do direito, desrespeitando a boa-fé objetiva, que se qualifica independentemente do ato processual da parte estar pautada na má-fé.

Vale elucidar que se não houvesse previsão expressa, como há no novo código do dever de cooperação, o princípio da boa-fé e seus desdobramentos poderiam ser percebidos nos demais princípios constitucionais, sendo este fonte dos demais deveres.

Haroldo Lourenço (2015, p. 43-44) em seu livro elenca alguns princípios constitucionais dos quais alguns doutrinadores acreditam que se pode extrair a boa-fé processual, dentre eles o princípio da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do contraditório, do devido processo legal.

Da solidariedade extrai-se o dever de não romper com a confiança, de agir com lealdade, entendimento de Brunela Vincenzi e Cristiano Chaves de Farias e por este motivo é desdobramento da boa-fé.

Para Nelson Rosendal o princípio da dignidade da pessoa humana é desdobramento da boa-fé. Menezes Cordeiro já interpreta que a boa-fé origina-se do princípio da igualdade.

Já Antônio do Passo Cabral concebe que a boa-fé fundamenta-se no contraditório, que além de fonte dos direitos processuais, é também de deveres, proporcionando as partes o direito de influenciar na decisão com o fim de colaborar com o exercício da jurisdição.

Joan Pico, contudo alega que a boa-fé integra a cláusula do devido processo legal, limitando o direito de defesa, para a proteção do direito à tutela efetiva. Já para Fredie Didier Jr. o dever geral da boa-fé está contido no devido processo legal, uma vez que para o processo ser devido precisa ser ético e leal.

Diante disto, os princípios constitucionais elencados juntamente com o da boa-fé atualmente previsto no artigo 5º do Novo Código de Processo Civil são fundamentos para o surgimento do princípio da cooperação, estabelecendo uma nova estrutura para o processo civil no ordenamento.

Art. 5 Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Nesta perspectiva, cooperação traz a ideia de respeito, confiança, honestidade e razoabilidade na participação processual. Não obstante, conforme já elucidado o princípio da boa-fé processual é referido como dever de todo e qualquer sujeito do processo e também como guia para a interpretação do pedido e das decisões judiciais. Igualmente, deixa em evidência que o processo é responsável pela concretização de valores substanciais para a realização da justiça e a pacificação social.

À vista disto, o processo não deve ser um ambiente intrincado a ponto de prejudicar o contraditório com as alegações das partes, ou ainda, autorizar o juiz a se valer de decisões-surpresa para conduzir o processo. Fredie Didier (2015, p. 125) conclui que:

A condução do processo deixa de ser *determinada* pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais.

Da mesma forma, e com a mesma importância e veemência, a cooperação requer ampla participação dos sujeitos processuais, sendo, pois, elemento essencial do contraditório. Nas palavras de Daniel Mitidiero (2011, p. 102) pressupõe que:

(...) o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício.

Vislumbra-se que o juiz com a condução cooperativa do processo foi incluído no rol dos sujeitos e no diálogo processual, previsão também expressa no artigo 10 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 10 O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de

se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Fredie Didier (2015, p. 125) ilustra que:

O modelo cooperativo passa ser o mais adequado para uma democracia. Dierle José Coelho Nunes, que fala em *modelo participativo de processo* como técnica de construção de um processo civil *democrático* em conformidade com a Constituição, afirma que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”.

Em suma o princípio da cooperação é um desdobramento da boa-fé, visto que depende de uma conduta leal de todos os sujeitos do processo, incluindo o magistrado, com a finalidade de obter uma decisão de mérito em tempo razoável, atributo da efetividade processual, revelada em diversos outros dispositivos do Novo Código, impondo ao juiz que se distancie dos formalismos inférteis e faculte sempre as condições adequadas para a resolução do conflito social latente à demanda.

2.2 Reflexos do Dever de Cooperação

Diante do narrado, houve um redimensionamento do modelo processual, inserindo o magistrado no rol de sujeitos do processo, possibilitando um diálogo entre as partes, visto que o juiz não pode mais ficar submetido às alegações trazidas pelo autor e réu.

O juiz, diante da mudança apontada, não se enquadra mais como mero expectador do conflito, mas como o grande agente colaborador do processo, inclusive tornou-se participante ativo do contraditório. Não há mais espaço para a atividade jurisdicional estática, no qual aguarda manifestações das partes para atuar limitando-se somente a atividade fiscal e demandista de regras.

Vislumbra-se que um dos principais reflexos do princípio da cooperação é a mudança de paradigma que coloca o juiz como protagonista no processo possibilitando um diálogo processual entre todos os sujeitos. No entanto para Fredie Didier (2015, p. 125) desta mudança surgem:

(...) deveres de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional, que assume ‘dupla posição’: ‘mostra-se paritário na condução do processo, no

diálogo processual', e 'assimétrico' no momento da decisão; não conduz o processo *ignorando* ou *minimizando* o papel das partes na 'divisão do trabalho', mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio. A cooperação, corretamente compreendida, em vez de 'determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, que faz com que essas dele participem'.

Contudo, não há paridade na oportunidade da decisão, visto que as partes não julgam juntamente com o juiz, sendo esta sua função exclusiva. “A decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento” (DIDIE, 2015, p. 126).

Entrevê que a atividade cognitiva é realizada por todos os sujeitos do processo que estão em diálogo em decorrência da cooperação, mas as decisões proferidas ao longo do processo são manifestações do poder do órgão jurisdicional, que é ato exclusivo deste.

Há necessidade, neste momento de haver assimetria entre as partes – autor e réu – e o órgão jurisdicional. Por assimetria compreende-se que o órgão jurisdicional possui função própria, qual seja julgar, conteúdo de um poder exclusivo, não significando que o juiz esta em uma posição processual distinta das partes.

Entretanto, não se rejeita o antagonismo estabelecido entre as partes, nem que cada parte tem direito, desde que respeite os limites da boa-fé, exercitar todas as suas faculdades para alcançar no processo o resultado mais favorável. Todavia, nada disto afasta o único objetivo que se espera no processo, qual seja, uma tutela jurisdicional justa e oportuna (WAMBIER, 2016, p. 83).

Espera-se uma relação íntegra e honesta entre as partes, estabelecendo um diálogo permanente entre os sujeitos. Reflexo do dever de cooperação que é desdobramento da conjugação dos elementos substanciais dos princípios do contraditório e da boa-fé.

Verifica-se, portanto, que “o modelo cooperativo é, enfim, uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos *adversarial* e inquisitivo” (DIDIE, 2015, p. 126), orientação mais adequada ao processo democrático adotado pelo novo código.

Assinala, ainda, a doutrina que, o dever de cooperação recíproca entre partes e juízes deve-se ser concebido por meio de subdivisões, que são manifestações desses deveres.

Para Fredie Didier (2015, p. 127-128) em relação às partes esses deveres são:

a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (arts. 78-81 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 5º, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, art. 77, VI, CPC; há responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 520, I e 776, CPC).

Igualmente as partes, o órgão jurisdicional também possuem deveres em decorrência do princípio da cooperação e da boa-fé. Vejamos.

O dever de esclarecimento funda-se na obrigação do magistrado de aclarar eventuais dúvidas que tenha sobre as alegações, pedidos ou posições em juízo das partes. Deverá o juiz questionar as partes quanto às obscuridades, reivindicando que especifiquem os requerimentos feitos em termos mais genéricos, previsão do artigo 357, § 3º do Código de Processo Civil:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Ainda sobre o dever de esclarecimento o magistrado deverá elucidar seus próprios pronunciamentos, obrigação decorrente do dever de motivar, previsão constitucional. Ou seja, o órgão jurisdicional ao proferir uma decisão deverá deixar às claras as razões que o levaram a julgar de tal forma.

O dever de consulta impõe ao “juiz o dever de consultar as partes sobre questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir” (DIDIER, 2015, p. 129). Isto é, o juiz deverá ouvir as partes sobre questão de fato ou de direito que ainda não foi apreciada por estas, por meio do contraditório, antes de proferir decisão.

Este dever está previsto nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015, consagrando o princípio do contraditório e impondo as partes e ao juiz um dever de diálogo.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Já o dever de prevenção determina que o juiz deve apontar as partes sobre os riscos e deficiências processuais invocando o devido saneamento sempre que possível sob pena de indeferimento ou extinção do processo. Aplica-se o “dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação da parte” (DIDIER, 2015, p. 130).

No Novo Código de Processo Civil o dever de prevenção esta materializado em vários artigos, de modo espalhado e repetido, impulsionando o dever de cooperação. Dentre eles a previsão do artigo 321 do mesmo diploma, no qual garante ao autor o direito de emendar a inicial na falta de algum requisito apurado pelo juízo, não sendo permitido o indeferimento da inicial antes de oportunizar a retificação.

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

E por fim, o dever de auxílio às partes, dentre o qual o juiz deverá eliminar “obstáculos que dificultem ou impeçam o exercício das faculdades processuais” (WAMBIER, 2016, p. 83). Desta forma, o juiz deve auxiliar as partes de modo a equilibrar a relação processual, como por exemplo, a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no artigo 373, § 1º do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

À vista disto, verifica-se que os tribunais já reconhecem expressamente a aplicação de tal princípio e assinalam na jurisprudência, pronunciamentos que se fundamentam no princípio da cooperação:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXECUTIVIDADE. NÃO VERIFICADA. **PRINCIPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL. VIOLADO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA.**

I. O rol estabelecido no artigo 585 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, podendo a lei conferir o status de título executivo extrajudicial a outros documentos, que não os previstos no mencionado dispositivo.

II. Fere o princípio da cooperação processual, a atitude do magistrado de influenciar a parte a converter o feito e, posteriormente, indeferir a inicial, sobre o argumento de que o título não é hábil ao procedimento adotado.

III. Recurso Provido para cassar a sentença de primeiro grau.

(Processo: APC 20140310015006. Relator (a): GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. Julgamento:25/11/2015. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível Publicação: Publicado no DJE: 14/12/2015. Pág.: 294)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. UTILIZAÇÃO EXCEPCIONAL. **PRINCIPIO DA COOPERAÇÃO. PREVENÇÃO AO CERCEAMENTO DE DEFESA.**

1 – Julgamento antecipado. O julgamento antecipado da lide nos Juizados Especiais Cíveis somente se mostra cabível quando a produção de provas em audiência se mostre absolutamente dispensável.

2 – Princípio da Cooperação. Se os fatos da lide não estão devidamente delineados, o juiz deve agir de forma cooperativa, designando audiência para produção da prova pessoal, na forma do art. 33 da Lei 9.099/1995, com o objetivo de prevenir o cerceamento de defesa.

3 – Recurso conhecido e provido. Sentença anulada.

(RI 07071643320158070016. Relator (a) AISTON HENRIQUE DE SOUSA. Julgamento:18/12/2015. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA RECURSAL. Publicação: Publicado no DJE: 26/01/2016.)

Em síntese, a inserção do princípio da cooperação transformou a concepção dos sujeitos processuais, colocando o juiz como protagonista, e impondo a este e as partes um dever de cooperação pautado no esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Imputando ainda as parte um dever de diálogo, enaltecendo o contraditório com o fim de alcançar um processo mais justo e efetivo.

3 DEVER-PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Observou-se que o princípio da cooperação inserido pelo Novo Código de Processo Civil proporcionou uma quebra de paradigma na condução do processo, incluindo o juiz como contribuinte para o deslinde do processo juntamente com as partes, impondo a estes alguns deveres que são desdobramento do dever de cooperação.

Dentre todos os reflexos ocasionados por este novo paradigma, um dos que mais teve impacto e que será tema do presente estudo é a gestão do dever-poder instrutório do juiz, uma vez que conforme já abordado o magistrado deixa de ser mero expectador do processo para ser tornar atuante.

A disposição estabelecida hoje pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto ao dever-poder instrutório do juiz é fruto de uma evolução percebida desde o código anterior, sendo esta decorrente de uma necessidade iminente em buscar um processo mais justo e efetivo.

Essa compreensão surgiu antes mesmo de ser codificada, partindo de uma necessidade. Entretanto o novo diploma foi além e trouxe outros dispositivos que ampliaram ainda mais os deveres-poderes instrutórios do juiz.

Todavia, antes de constatar as modificações percebidas no dever-poder instrutório do juiz e as regras de distribuição do ônus da prova trazidos pelo novo código se faz necessário apresentar uma conceituação e a evolução histórica do tema até esta nova percepção.

3.1 Concepção Moderna do Direito Antigo

Diversamente do narrado a doutrina processual brasileira possuía certa relutância a iniciativa probatória pelo magistrado. Acredita-se que este posicionamento restritivo seja fruto do direito antigo, dentre o qual vigoravam normas inconcebíveis para a ciência processual moderna, decorrente de uma perspectiva privatista do direito, concepção atualmente afastada.

A sociedade portuguesa antigamente era governada politicamente pela monarquia, dentre o qual cabia ao rei ordenar as relações pessoais, individuais e coletivas, inclusive nas colônias.

Na época foram apresentados uma série de “procedimentos jurídicos e políticos que contribuíram para dispor ao monarca as condições de reger sem se submeter aos usos, costume e arbítrios dos estamentos sociais privilegiados” (FONSECA, 2008, p. 55) denominados Ordenações.

Nesta senda de constituir o aparato burocrático garantindo solidez a autoridade real, o monarca “foi impondo a positividade jurídica recriada pelos letrados legistas ao direito canônico e à clerezia e conteve a participação dos representantes dos Concelhos urbanos, ao aliciar os mercadores enriquecidos” (FONSECA, 2008, p. 57-58).

A história do Direito Civil Brasileiro caracteriza-se pelo desdobramento orgânico desse período monárquico, determinado pelo centralismo jurídico vigente a partir das Ordenações Manuelinas que foram trazidas como patrimônio moral da metrópole portuguesa.

Logo, o conceito de codificar o direito e a pretensão pela sistematização veio de Portugal que, no período de cem anos, apresentou ao mundo três códigos: Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. À vista disto, quando sobrevieram as primeiras manifestações jurídicas nacionais, estas se ligaram ao pensamento codificador.

Sob a influência das Ordenações, devia o magistrado julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado” (SANTOS, 1983, p. 109). Quase nenhuma exceção era assentida a essa regra. A atividade oficial era acessória, ou seja, sujeitavam-se as partes, cabendo ao juiz somente diligenciar para desvendar alguns pontos obscuros.

Vislumbravam-se, portanto, poucas situações em que se permitia à iniciativa probatória do juiz, sendo somente autorizado agir de modo suplementar às partes, vigorando no processo brasileiro o princípio de disposição das partes.

Consoante José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 79) “no Século XIX, o processo era concebido como meio pelo qual se asseguravam os direitos subjetivos das pessoas, não sendo escopo da atividade jurisdicional a defesa do direito objetivo e do interesse público”.

Segundo a doutrina uma das peculiaridades desta percepção liberal era a desconfiança nos órgãos estatais. A limitação da atividade jurisdicional

chegava ao ponto de negar o poder de reconhecer de ofício a ausência de pressupostos processuais, bem como da exceção da competência objetiva e funcional (BEDAQUE, 2011, p. 79).

Logo, naquele período prevalecia a visão privatista do processo que legitimava a atuação inerte do juiz no deslinde do processo, figurando como mero espectador da iniciativa das partes.

Destarte, no século XX, ocorreram movimentos políticos na Áustria, na Alemanha e na Hungria, que impulsionaram reformas processuais, eliminando algumas limitações à atividade jurisdicional, conferindo poder de direção formal e impulso do processo, garantindo poderes coercitivos imprescindíveis para o cumprimento das decisões judiciais.

Determinações estas que influenciaram os doutrinadores brasileiros, e foram propagadas nos anos de 1922 e 1924 na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco por Manuel Aureliano de Gusmão (1924, p. 105-106) que urdiu críticas à inércia judicial no campo probatório, visto que esta não mais satisfazia as necessidades do processo:

(...) não é menos certo ser do máximo interesse para a comunhão social que a tutela dos direitos individuais a todos seja plenamente assegurada e conseqüentemente que a justiça, nas decisões das controvérsias sobre as múltiplas e variadas relações de direito privado, se realizasse, quanto possível, do modo o mais perfeito e integral; o que a experiência tem demonstrado muitas vezes falhar, no vetusto sistema das provas por iniciativa única e exclusiva das partes. O juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes.

Desde então, originou-se no direito brasileiro a noção da existência de interesse social no processo, o que provocou o desmoronamento da visão privatista anterior, fortalecendo a figura do juiz no processo, especialmente na formação do conjunto probatório.

Inspirado nas convicções de Aureliano Gusmão, o Ministro Francisco Campos certificou na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939 que:

A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos

litigantes, mas também de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo da investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.

Esta legislação processual ofertou ao direito processual a denominada concepção publicista, elencando no seu artigo 117 os poderes instrutórios do juiz, o qual preconizava que “a requerimento ou *ex-officio*, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios”.

Infere-se, portanto, a anuência da iniciativa probatória do juiz. “Apesar disso, a doutrina insistia em afirmar que os poderes instrutórios do juiz, previstos no art. 117 do estatuto processual anterior, eram meramente supletivos. E os criticavam, visto que representariam ideias políticas autoritárias no processo” (BEDAQUE, 2011, p. 80).

Todavia, apesar de incabível a concepção de um Estado ditatorial não se pode repudiar uma dose de autoridade, pois seria impraticável a convivência social de um Estado sem aptidão para impor a sua vontade. É necessário um equilíbrio entre a soberania do Estado e os direitos dos indivíduos auferidos com a participação do primeiro no destino do segundo.

Obtém-se a participação das partes desde que seja respeitado o princípio do contraditório. Defende José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 83) que:

Assim, desde que o legislador assegure às partes o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influido no conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no processo, a fim de que ele também contribua para que o instrumento alcance efetivamente os resultados desejados. Constitui o contraditório o tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em arbítrio.

O Código de Processo Civil de 1973 cuida do tema de modo semelhante ao código anterior, conforme se verifica no seu artigo 130 no qual estabelece que:

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

Destarte, constata-se que os poderes instrutórios do juiz foram aperfeiçoados em virtude da socialização do direito e da visão publicista do processo, uma vez que o ativismo judicial no campo probatório reflete o interesse da sociedade na persecução da verdade para a justa solução do conflito.

3.2 Do Dever-Poder Instrutório do Juiz no CPC/1973

Ante o anunciado, o juiz tem a função de bem gerir o processo, buscando reconhecer a verdade de como os fatos ocorreram, com o fim de construir sua convicção para julgar, sendo vedado abster-se de julgar a demanda que está sob sua jurisdição.

As Ordenações inicialmente trouxeram resistência a iniciativa probatória do juiz, colaborada posteriormente pela desconfiança nos órgãos estatais, contudo com a influência do direito alienígena esta concepção mudou, garantindo ao juiz poderes instrutórios possibilitando uma solução justa do conflito.

Isto é, se as partes deixarem de apresentar provas indispensáveis para a solução da lide, o juiz pode designar de ofício a sua produção, desde que ponderar ser necessário para julgar e empregar a lei ao caso concreto.

O Código de Processo Civil de 1939 trouxe em seu regramento esta possibilidade, todavia somente com o Código de 1973 o direito foi ampliado, sendo o processo civil orientado pelo princípio dispositivo, dentre o qual limitou a apreciação do juiz a causa de pedir e aos pedidos do autor, segundo orientação do artigo 128 do mesmo diploma:

Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Não obstante, ao juiz somente é permitido julgar com base nas provas contidas no processo, e desde que por meio de decisão fundamentada, pois segundo Barbosa Moreira (2005, p. 12):

[...] não lhe é dado invocar, na fundamentação da sentença, o conhecimento direto e pessoal que porventura tenha: não pode, por exemplo, afirmar que assistira da janela de sua casa ao acidente de trânsito e, por isso, está convicto de que o responsável foi o réu. Por conseguinte, com ressalva das exceções legais (v.g., fatos notórios: Código de Processo Civil, art. 334, n. I), as provas constituem as pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiramente, aos sentidos, depois à mente do juiz.

Logo, é vedado julgar a lide segundo critérios subjetivos, pessoais, ou ainda decidir segundo o que investigue ser mais correto ou mais adequado, devendo, portanto, fundamentar a sua decisão na Constituição, nas leis infraconstitucionais, princípios, limitando-se ao pedido e a causa de pedir, para assim respeitar os fins sociais do processo.

No Código de Processo Civil de 1973 o poder instrutório do juiz escorase no artigo 130, dentre o qual determina que o magistrado detém o poder de designar a produção da prova que entender necessária para distinguir a verdade real dos fatos.

Além deste, há outros artigos no Código de Processo Civil de 1973 que permitem o juiz a determinar a prova de ofício, como por exemplo:

Art. 342. O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa;

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

Art. 382. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas;

Art. 399. O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes;

II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta;

Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.

Por outro lado a liberdade do juiz em produzir provas possuem algumas limitações, como por exemplo, quando o réu não contesta a ação e esta não versa sobre direitos indisponíveis, ou ainda, quando contestar, contudo deixar de impugnar fatos narrados na inicial. Logo o propósito do ativismo do magistrado não é só de encontrar a verdade real, senão garantir a prestação jurisdicional com a duração razoável do processo.

Verdade e certeza não são conceitos absolutos, contudo cabe ao juiz a tarefa árdua de diligenciar o máximo possível para chegar mais próximo da verdade, isto é, lançar-se para obter o maior grau de probabilidade dos fatos ocorridos.

De acordo com o antigo código o juiz devia buscar a verdade dos fatos, com o fim de formar sua percepção para julgar, devendo desempenhar uma função investigativa no processo.

Devendo ainda ao sentenciar somente quando estiver convicto de sua decisão, senão estiver com as provas requeridas pelas partes, o juiz poderá determinar *ex-officio*. Todavia “a atividade do juiz não pode substituir ou suprimir a atividade das partes, inclusive a fim de que se mantenha equidistante das partes para a decisão” (GRECO FILHO, 1999, p. 185).

Pautado nesta afirmativa é possível asseverar que o juiz não pode substituir o exercício dos patronos das partes, que por esquecimento ou descuido deixaram de requerer um meio de prova, contudo o requerimento *ex-officio* deve ser realizado com o fim de prolatar uma decisão justa e com justiça.

Nesta senda, Barbosa Moreira (1992, p. 48) afirma que a produção “*ex-officio*, pelo magistrado, não constitui, por si só, quebração da imparcialidade do julgador, mas representa, isto sim, forma de favorecer o andamento das causas e a justiça das decisões.”

O escopo da jurisdição é alcançar a paz social por meio das decisões proferidas pelos juízes nas suas sentenças, porque o processo é publicista. Destarte, um provimento justo carrega a satisfação aos litigantes aumentando a crença na função jurisdicional.

Vale elucidar que o artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973 não tem o intuito de substituir a função das partes no processo, nem de retirar a imparcialidade do juiz, tem unicamente o objetivo de alcançar uma decisão mais justa e eficaz. Uma vez que a partir do momento em que a prova é produzida ela passa a ser do processo, não tenho o condão de prejudicar ou favorecer a parte que determinou a sua produção, sendo utilizada somente como um elemento de convicção.

Já o artigo 333 do mesmo diploma determina que cumpre ao autor o ônus de provar fato constitutivo, cabendo ao réu provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Á vista disto, o magistrado só designará o ônus da prova ao sentenciar, antes disto não fará considerações, uma vez que, aplica-se o princípio da comunhão da prova, dentre o qual a prova pertence ao processo depois de produzida.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 129-130) explana que:

Em síntese, o poder instrutório do juiz previsto no art. 130 do CPC, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos. A rigor, portanto, as normas de distribuição do ônus da prova não pertencem ao instituto da prova. Sua incidência se dá exatamente em situações de insuficiência de prova.

Não obstante, a previsão do artigo 125, inciso do Código de Processo Civil de 1973 assegura as partes igualdade de tratamento, regra que norteia o uso do poder instrutório do juiz previsto no artigo 130 do mesmo diploma.

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
II - velar pela rápida solução do litígio;
III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;
IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Em suma, o poder instrutório do juiz deve prestar para a adequada aplicação do direito material ao caso concreto, diligenciando todas as provas a fim de desvendar a verdade dos fatos para assim, fundamentar a sua decisão. Respeitando, portanto, os princípios basilares da imparcialidade, e da igualdade de tratamento, deixando de exercer atividade substitutiva das partes no processo. Posto que, se estiver convicto por meio do material probatório trazido aos autos, não necessitará agir de ofício.

3.3 Contraste do Dever-Poder Instrutório do Juiz entre os Códigos

Em concordância com o amplamente narrado o Novo Código de Processo Civil trouxe muitas inovações, dentre elas a previsão do princípio da

cooperação como norma processual fundamenta, fruto do desdobramento de outros princípios já aplicados que não estavam explicitamente expressos.

Decorrente a esta norma outras foram criadas com o fim de garantir uma maior efetividade ao processo na busca da verdade, garantindo um provimento mais justo. Dentre elas a ampliação dos deveres-poderes instrutórios do juiz, também extensivamente debatido.

Vislumbrou-se no presente estudo a crescente ampliação dos deveres-poderes instrutórios do juiz, que galgou da impossibilidade de determinar a produção de provas para a possibilidade de diligencia-las.

Esta evolução é resultante das influências percebidas durante o período da elaboração da norma, bem como da tentativa de melhorar o tramite do processo viabilizando a preservação de todas as garantias.

Nessa toada, o Código de Processo Civil de 2015 foi promulgado ampliando ainda mais os deveres-poderes instrutórios do juiz, posto que além de manter a previsão do artigo 130 do antigo código, que corresponde atualmente ao artigo 370:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Aumentou consideravelmente a quantidade de incisos do artigo 139 do mesmo diploma, que dispõe quais são os deveres, poderes e responsabilidade do juiz, antigo artigo 125, listando entre eles o inciso VI:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
- II - velar pela duração razoável do processo;
- III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;
- IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
- V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
- VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;**
- VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Além destes, confere ao magistrado o poder de decidir pela dinamização do ônus da prova, por meio da previsão do parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, qual seja:

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

Em suma, é possível anunciar que, atravessamos uma era de uniformidade procedimental para a fase de procedimentos jurisdicionais diferenciados, atingindo, finalmente, o estágio corrente, no qual as normas abertas autorizam a construção da ação e do procedimento apropriado à tutela no caso concreto. Deixando implícito a dilatação dos deveres-poderes instrutórios do juiz do novo código.

A norma processualista vem aos poucos suplantando o entendimento de que a busca pela verdade no caso concreto seria um “subproduto ou efeito colateral de um processo cujo objetivo é resolver o conflito entre as partes e somente no interesse particular delas” (TARUFFO, 2014, p. 21).

A decisão justa começou a ser considerada objetivo do processo, atenuando a aplicação do princípio dispositivo, outorgando ao juiz o dever de assegurar a efetividade na tutela dos interesses debatidos no processo, não se apresentando mais como apático e inerte.

Esse avanço decorre do surgimento do processo publicístico, que demanda do juiz uma postura mais ativa e participativa conciliado a um processo

empenhado em dar tutela ao caso concreto. A esta visão deu ao processo uma maior finalidade sem deixar de ser das partes, o tornando também da justiça.

Por esta nova ótica, o processo civil está mais comprometido com a obtenção da resolução do litígio e na busca de uma decisão justa. Porém, isso não retrata a defesa de um processo autoritário, mas sim na necessidade de um juiz com poderes instrutórios autônomos, que observe as garantias processuais no contexto de um sistema político democrático.

O ativismo não corresponde a autoritarismo, uma vez que mesmo que o juiz possa produzir provas de maneira autônoma, este deverá respeitar os direitos e garantias assegurados pela Constituição e a norma processual. À medida que o juiz autoritário ao determinar a produção de provas nega as partes todos os direitos e garantias previstos.

A atuação do juiz no novo código é fruto da combinação do princípio dispositivo que coloca o processo a disposição das partes, com o princípio inquisitório, no qual garante ao juiz uma postura mais ativa revelando um interesse público na resolução do litígio privado, somado ao princípio da colaboração que traz ao processo um equilíbrio entre as partes – litigantes e juiz – devendo estes colaborar igualmente para o bom deslinde da causa, presumindo uma decisão rápida e justa.

Esta simetria retrata o panorama no Novo Código de Processo Civil que preza pela flexibilidade do processo na presença de um juiz gestor preocupado com a efetividade da decisão, desde que sejam garantidas as partes todos os direitos previstos.

Haroldo Lourenço (2015, p. 92) ilustra:

Perceba-se que tal mudança atende ao modelo cooperativo de processo civil, próprio do Estado Constitucional, que deve ser paritário no diálogo e assimétrico na decisão da causa (art. 6º do CPC/2015). A redação demonstra uma evolução, muito embora não afirme expressamente que a condução do processo deve ser cooperativa e que o juiz tem o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento, diretrizes que emergem diretamente do texto constitucional (art. 5º, I e LIV da CR/1988) e dos próprios fundamentos do CPC/2015 (art. 5º, 7º, 8º, 10 etc.)

Em contra partida a flexibilidade procedimental entabulada, não deve ser entendida sem formalidades, visto ser minimamente indispensável para um

processo justo e efetivo. No qual o processo é um diálogo condicionado a vontade e o comportamento das partes, sem um juiz soberano e autoritário.

De acordo com Bruno Augusto Sampaio Fuga (2016, p. 62-63):

O processo, para o doutrinador, não é somente forma, pois toda organização e estrutura encontra razão de ser nos valores e princípios constitucionais. Para ele a técnica processual tem a utilidade de assegurar o justo processo e estabelecer o modelo constitucional ou o devido processo legal. Importante ter mira que o processo antes era visto somente como rito e a estrutura e a concretização do procedimento era neutra ou indiferente aos fins da jurisdição e, assim ao processo. Porém o processo não deve atender apenas as expectativas do direito material, mas também deve ser técnica necessária para atender às particularidades do caso em concreto.

Contudo, mesmo que as disposições do novo código sejam mais abertas que a do Código de Processo Civil de 1973, se comparadas com o ordenamento português elas ainda são limitadas. Enfim, ainda que o novo código tenha outorgado poucos poderes de gestão material do processo ao juiz, priorizou por uma gestão mais formal – no tocante apenas à adaptação de procedimento -, consoante se verifica no próprio código.

Logo, a nova sistemática rompe com a visão do Estado Liberal, ante o advento da democracia social, intensificando a participação do magistrado, cabendo a ele tutelar um processo justo e efetivo. E em consequência com o aumento progressivo dos poderes do juiz, possibilitou a este um melhor exercício das suas funções, tornando o processo mais eficiente, deslocando a imagem do juiz inerte, para uma mais atuante.

4 ÔNUS DA PROVA

Até o presente momento observa-se a quebra de dois paradigmas, dentre eles o modelo cooperativo de processo modificando a figura do magistrado para mais atuante dentro do deslinde do processo, bem como a ampliação dos deveres-poderes instrutórios do juiz e a dinamização do ônus da prova possibilitando a sua inversão desde que cumprido os requisitos.

Constata-se que ambas as mudanças tem o escopo de garantir um processo mais efetivo, dentre o qual se deve esgotar todos os meios na busca de uma decisão mais justa.

Entretanto, a fim de aprofundar o estudo e antes mesmo de adentrar no objeto do presente estudo que é a constatação dos requisitos e agentes limitadores na atuação do juiz na dinamização do ônus da prova é necessário novamente elencar algumas definições e apresentar a transição do ônus estático anteriormente previsto para a dinamização do ônus de provar.

4.1 Da Prova

No início do ordenamento jurídico, não havia a figura da prova, primeiramente porque o vencedor do conflito era o mais forte, posteriormente pela auto composição, no qual se abdicava do todo ou de parte do Direito sem a existência de uma decisão com o fim de constatar que possuía razão.

Os primeiros mecanismos de prova sobrevieram com a evolução social e o fortalecimento do Estado. Nas civilizações antigas, por exemplo, a religião era a base da sociedade atribuindo ao direito a origem divina, à vista disto os meios de provas estavam ligados diretamente com a religião.

Ao passo que a sociedade se desenvolvia, o Estado se consolidava criando mecanismos de estruturação e administração social, dentre eles a arbitragem obrigatória, indicativo da superioridade da justiça pública pela privada, deixando a religião fora do processo de solução de conflitos. A partir de então passou ser necessário à produção de provas com o fim de que a pretensão arguida pela parte fosse acolhida.

Segundo o artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Logo, é de suma importância identificar a origem e conceito da prova, sua finalidade, destinatário e objeto.

Para a concepção comum provar consiste em demonstrar a veracidade de uma afirmação. Na definição de De Plácido e Silva (2014, p. 1707) prova:

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a *demonstração*, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado. A prova consiste, pois, na *demonstração da existência* ou da *veracidade* daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta. E, nesta razão, no sentido processual, designa também os *meios*, indicados em lei, para realização dessa demonstração, isto é, a *soma de meios* para constituição da própria prova, ou seja, para conclusão ou *produção da certeza*.

Entretanto o conceito de prova não se limita a essa concepção, haja vista que desde o início até a época atual, muita polêmica e conceitos foram criados em relação à prova.

Moacyr Amaral Santos (1979, p. 11) evidencia que, no sentido comum:

[...] prova significa verificação, inspeção, exame, confirmação, reconhecimento por experiência, experimentação, revisão, comprovação, confronto – o vocábulo é usado para indicar tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, da exatidão de uma coisa.

Já, no sentido jurídico, o mesmo autor (1979, p. 12) diz que:

[...] o vocábulo é empregado em várias acepções: Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova.

O magistrado, diante do dever de solver a lide, deverá, portanto, apreciar as provas para formar o seu convencimento, externando o direito com a verdade identificada, uma vez que as partes não podem ficar a mercê do tempo e o judiciário omitir-se de sentenciar.

Logo, vislumbra-se que a busca pela verdade real é pautada na prova e é o escopo das partes e do juiz, todavia a verdade formal será o bastante para alcançar os fins maiores do processo. À vista disto Gildo dos Santos (1979, p. 4) destaca:

O direito processual busca a verdade real, mas contenta-se com a verdade formal principalmente nas causas patrimoniais. Diversamente quando se trata de processo em que se discutem direitos indisponíveis. Nestes, a busca da verdade real é mais acentuada, mas, não obstante isso, não se pode dizer que seja encontrada em todos os efeitos, pela própria limitação humana dos litigantes, dos seus patronos, do julgador, diríamos melhor, da prova.

Aclibes Burgarelli (2000, p. 53) assim preceitua:

No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração da realidade material. De modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. Prova judiciária, por seu turno, é o meio demonstrativo de veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido. Vale dizer é o meio pelo qual se estabelece relação de veracidade e adequação entre a causa próxima e a causa remota, elementos da causa de pedir. Estabelecida a relação, por meio da prova, ao juiz é dada a tarefa de aplicar a lei, a hipótese normativa de incidência fática, em regra, a norma de direito material.

Nos conceitos apresentados, verifica-se a preponderância da caracterização da prova como meio, ou seja, como ferramenta para anunciar a existência de fatos relevantes e/ou substanciais do processo, com o fim de formar o convencimento do juiz.

Luis Eduardo Boaventura Pacífico (2000, p. 18-19), parafraseando Hernando Devis Echandía, depois de ponderar os vários conceitos de provas existentes na doutrina afirma que:

[...] a noção de prova também apresenta-se sob três aspectos: o formal, tocante aos meios utilizados para levar os fatos ao conhecimento do juiz (testemunhas, documentos etc.); o substancial (ou essencial), relativo às razões ou aos motivos que desse meios se deduzem em favor da existência ou da inexistência dos fatos; e o resultado subjetivo ou o convencimento que se produz na mente do julgador, que conclui estou não provado determinado fato.

Constata-se que o intuito da prova é convencer o magistrado do alegado, visto que a partir do seu convencimento poderá este proferir uma decisão justa e efetiva. Logo, pode-se concluir que o destinatário da prova é o juiz. Todavia, tal assertiva não é unânime, haja vista que há entendimento de que a prova se destina, também, às partes, sendo estes destinatários indiretos das provas, pois precisam se convencer e acolher a decisão como justa.

Destarte para Acibles Burgarelli (2000, p. 114) a natureza jurídica da prova:

[...] em conclusão, é estrutural, relativa e intelectual. Forma-se um arcabouço, em relação ao fato material e à norma hipotética de incidência fática, de sorte a despertar, na inteligência do julgador, um processo de conhecimento técnico, inerente à sua atividade.

Em suma, a prova é uma ferramenta utilizada pelas partes com o fim evidenciar o direito pleiteado no caso concreto almejando o deferimento em prol do autor ou do réu. Sendo esta ferramenta fundamental no processo e nos atos das partes para a formação do convencimento do magistrado.

4.2 Do Ônus

Igualmente a evolução história do direito também provocou reflexos no conceito de ônus, dentre elas a concepção do Estado moderno que possuímos atualmente.

Vislumbramos que solução dos conflitos é imperativa, por ser esta uma prerrogativa do Estado que possui o monopólio estatal, permitindo que se imponha o Direito e pacifique a sociedade. Não sendo possível a delegação deste poder e do Estado furtar-se de decidir as demandas devido à proibição ao chamado *non liquet*, que prevê que o Estado não poderá deixar de julgar devido a incerteza judicial.

Assim sendo, para que o Estado julgue ainda que não se configure a certeza dos fatos, o magistrado deve-se utilizar de critérios estabelecidos quanto a distribuição do ônus da prova, que determinam qual dos litigantes incumbe o encargo de produzi-las e quais as consequências pelo não cumprimento.

Tem-se, portanto, caracterizado o instituto do ônus da prova que aparentemente pode-se confundir com deveres e obrigações processuais,

decorrente da natureza da relação jurídico-processual. Todavia, atualmente a doutrina é uníssona ao afirmar que não se deve associar o termo “ônus” do termo “obrigação”, por não se confundir obrigação com o direito subjetivo de provar e pela enorme diferença da técnica jurídica.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2000, p. 20-21) afirma que:

A autonomia conceitual do ônus é conquista relativamente recente, embora sua noção também já existisse no direito romano, precisamente em função dos princípios então vigentes quanto ao encargo da prova, fundados na necessidade prática de que cada uma das partes alegasse e provasse, no processo, os fatos que lhe eram favoráveis. Na Idade Média, a referida noção foi restaurada pelos glosadores e pós-glosadores; e, na Idade Moderna, ela iria influenciar o Código Napoleônico e os demais códigos civis do século XIX.

À vista disto, no vocabulário jurídico de De Plácido e Silva (2014, p. 1491) ônus significa: “do latim *onus* (carga, peso, obrigação), na significação técnico-jurídica, entende-se todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa, a que se atender”. “Mas pode ser melhor enquadrado, no caso do ônus da prova, como sendo a necessidade (e interesse) de se provar, diferente do que ocorre com uma obrigação, pois esta equivale a um dever jurídico” (RAMIRES, 2002, P. 43).

O civilista Washington de Barros Monteiro (1991, p. 8) define obrigação como uma:

[...] relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio.

Afere-se que a relação jurídica obrigacional compreende duas perspectivas, de um lado um sujeito obrigado a uma prestação e do outro lado de recebê-la. Logo ônus da prova não deve ser confundido com a obrigação de provar ou mesmo dever de provar, pois conforme bem define João Batista Lopes (1995, p. 34) “entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio”.

Conclui-se que uma das principais diferenças perpetua-se no efeito do não exercício da obrigação ou do ônus, no primeiro irá acarretar penalidades legais,

já no segundo não haverá resultado ilegal, mas somente consequências desfavoráveis daquele que tinha o ônus.

Logo, segundo Moacyr Amaral Santos (1979, p. 94) ônus:

[...] não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, de necessidade, interesse, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados.

No ônus, o agente tem liberdade para realizar o ato ou não, cuja a atividade situa-se no campo da sua auto-responsabilidade, visto ser tutela de interesse do próprio onerado, ante a ausência de poderes para se exigir tal comportamento, pois se configura ato lícito.

Na obrigação, não há liberdade de agir, uma vez que o obrigado encontra-se submetido a sujeição jurídica e da coerção, que decorrem o direito de exigir o cumprimento da obrigação, sob pena de aplicar uma sanção, refletida na necessidade de reparar o prejuízo pelo não cumprimento da obrigação caracterizando-se, portanto, um ato ilícito.

Luis Eduardo Boaventura Pacífico (2000, p. 37) parafraseando Echandia assevera que ônus é um:

Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.

Conclui-se, portanto, que ônus e obrigação possuem conceitos distintos, sendo o ônus poder ou faculdade sem a sujeição da coerção, ato a fim de tutelar interesse do próprio onerado, diferente da obrigação que é um ato sujeito a coerção sem liberdade de atuação, caracterizando ato ilícito o seu descumprimento.

Isto posto, e seguindo com o estudo observa-se que a relação jurídico-processual envolve todos os sujeitos processuais, partes e juiz, que diante de interesses e funções distintas buscam apresentar o direito material vislumbrado no caso concreto para o fim de solucionar o conflito.

É de conhecimento que os interesses e funções das partes (autor e réu) são diferentes das obrigações do juiz dentro do processo. As partes por um lado almejam uma decisão favorável, já o magistrado diante do seu dever de jurisdição tem a função de dizer o direito, pondo fim a demanda.

À vista da multiplicidade dos interesses e funções que os sujeitos processuais constituem no processo a interpretação do ônus da prova assume outra perspectiva, ou seja, suas características serão diferentes se interpretado em relação às partes (autor e réu) ou ao juiz.

Eduardo Cambi (2006, p. 317) ilustra que:

Estruturalmente, o ônus da prova pode ser compreendido em um dupla perspectiva, tratando-se, simultaneamente, de uma noção subjetiva e outra objetiva: i) subjetiva, porque contempla a situação de cada uma das partes perante os fatos, que estão na base de suas pretensões ou exceções, e sobre o quais geralmente se requer a realização de provas; ii) objetiva, porque também constitui uma regra de julgamento, permitindo que o juiz decida, quanto falte a prova.

Pode-se anunciar que sob a ótica das partes processuais o ônus apresenta a sua faceta subjetiva, dentre o qual cabe as partes trazer aos autos elementos que comprovam os fatos alegados que sustentam o direito pleiteado. “O *ônus subjetivo da prova* identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor. Caso não logrem provar suficientemente os pressupostos fáticos dos efeitos jurídicos por elas pretendidos, as partes correrão o risco de sucumbir” (PACÍFICO, 2000, p. 131-132).

Sob o viés subjetivo do ônus busca-se determinar o responsável pela produção das provas, definindo quem suportaria o peso da inércia caso não comprovasse o direito alegado. Antes da evolução do sistema processual a interpretação do ônus subjetivo era suficiente, todavia com o decorrer do tempo passou-se a adotar a interpretação sob a ótica objetiva.

Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 138) explana:

A interpretação do ônus da prova sob seus aspectos objetivos se liga mais intimamente à obrigação do juiz de dizer o direito, ainda que tenha permanecido em estado de dúvida. Como já dito, o juiz não pode se eximir de julgar (proibição do *non liquet*), ainda que não tenha formado seu convencimento. É nesta situação que se insere o aspecto objetivo do ônus da prova, permitindo ao julgador proferir uma sentença com base em normas de direito processual.

Logo e diante da obrigatoriedade do magistrado em proferir uma sentença, mesmo sem a completa convicção sobre os fatos, impõe ao julgamento um risco objetivo de sucumbimento das partes, caracterizado pelo risco da prova frustrada.

Alfredo Buzaid (1963, p. 19) afirma:

[...] que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto subjetivo; e outra, voltada para o magistrado a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente vinculado a função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente.

Diante das definições algumas considerações são necessárias para o fim de elucidar o tema. A ênfase ao ônus subjetivo apontada é reflexo do efeito colateral do princípio dispositivo do processo civil clássico, induzindo as partes a um duelo estratégico vislumbrando o convencimento do magistrado que na oportunidade figurava como um sujeito passivo e contemplativo.

Com a evolução do direito processual o ônus objetivo tornou-se preponderante, todavia o elemento subjetivo ganha novo destaque, sob uma outra interpretação, uma vez que para que se possa verificar as circunstâncias para a produção das provas é necessário um viés subjetivo. Entretanto, essa concepção não compreende ao do direito clássico, mas levando em conta os aspectos das partes e da relação do direito material que fundamenta a demanda.

Isto posto, pode-se constatar que ônus é um direito subjetivo, no qual tutela um direito do próprio onerado sem a imposição de penalidades no seu descumprimento, por não caracterizar-se um ato ilícito. E que este direito pode ter duas facetas: de caráter subjetivo e objetivo, que variam segundo o seu destinatário, partes ou magistrado.

4.3 O Ônus Estático do CPC/1973

O estudo deste capítulo até o presente momento abordou os conceitos de ônus e de prova, todavia esta exposição nem de longe almejou esgotar o tema, sendo esta necessária somente para o desenvolvimento do trabalho, uma vez que a partir desta apresentação, pode-se vislumbrar claramente os dois institutos para aprofundar-se no objeto do estudo que compreende na distribuição do ônus da prova e os critérios para a distribuição.

Avançando, o Direito Romano reconhecia que na prática deveria haver critérios para a distribuição do ônus da prova entre as partes. Na oportunidade as partes ocupavam um papel de grande importância dentro do processo a ponto de réu ser base como o autor, atribuindo-lhe o ônus da prova.

O critério adotado era fundado na qualidade dos fatos afirmados, dentre o qual os fatos negativos não careciam ser objeto de prova, sendo este cenário criticado pela doutrina, ante a insuficiência do critério e a invalidade da teoria das negativas.

Foram várias teorias adotadas pela doutrina no decorrer da evolução jurídico-processual com o fim de designar um critério para a distribuição do ônus da prova que fosse suficientemente seguro, e parte deste entendimento foi formado da interpretação do Direito Romano.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2000, p. 79) ilustra:

[...] diante da dificuldade de se encontrar um princípio geral para a repartição do ônus da prova, advogam a sua fixação em cada caso concreto ou, ainda, defendem a liberdade judicial para a sua distribuição: “A questão sobre qual das partes deve arcar com a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação controvertida de um fato importante exige uma contestação baseada em uma regra de direito fixa, abstrata. A ciência não pode – nem deve – deixar de buscar essa regra; a prática tem necessidade dela e exige da ciência que a procure”.

Vale ressaltar que ônus da prova fundamenta-se sob dois pontos de vistas distintos e complementares. Consoante o critério do *non liquet* o juiz não pode abster-se de julgar independente dos fatos relevantes não estarem suficientemente provados. E a partir da inafastabilidade da decisão jurídica, esta garante ao processo segurança jurídica, todavia a quem deve ser imputado as consequências do fato não provado?

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2000, p. 80-81) responde:

“A segurança jurídica, a harmonia social, o interesse geral em que se realizem os fins próprios do processo e a jurisdição exigem a sua existência”. Sob esse aspecto, o ônus da prova está intimamente ligado ao exercício da jurisdição, sendo encarado como *regra de julgamento*. Mesmo nas hipóteses em que a fase probatória não tenha permitido ao juiz alcançar suficiente convicção sobre os fatos relevantes e controvertidos, como o juiz não deve deixar de julgar, a regra viabiliza a prolação de sua indeclinável sentença em cada caso concreto.

Consoante previsão do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 ficou estabelecido que cabe ao autor provar fato constitutivo e o réu fato impeditivo, modificativo e extintivo desse direito. José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 124) explana:

Fato constitutivo é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse efeito. *Extintivo*, porque faz cessar a vontade. *Impeditivo* é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é causa eficiente, o *impeditivo* é a ausência de uma causa concorrente.

Verifica-se, portanto, no Código de 1973 a regra concreta sobre a distribuição do ônus da prova era estático, embora apresente dificuldade na distinção de um fato constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo. “Com essa distribuição, o sistema processual civil brasileiro realiza entre as partes uma ‘repartição dos riscos’ no que diz respeito à possível persistência da ‘ignorância institucionalizada’ do julgador” (GUILHERME, 2011, p. 146).

A distribuição do ônus da prova na oportunidade é denominada estática, pois parte do princípio de que o encargo de prova incumbe a parte que se beneficiar do fato caso este prevaleça independente da natureza do direito material, sem possibilidade de dinamização.

À vista disto, incumbe ao autor provar os argumentos apresentados na exordial e ao réu aos fatos anunciados em sua defesa. “E a mera negação dos fatos afirmados pela outra parte não impõe qualquer ônus de provar a quem os nega” (SANTOS, 2002, p. 67).

Giuseppe Chiovenda (2000, p. 449) preconiza:

[...] somente quando o autor trouxe provas idôneas para demonstrar a existência do fato constitutivo de seu direito, tem o réu de diligenciar, de seu lado, a sua prova. Mas, isto, a seu turno, pode ocorrer com dois propósitos:
 a) ou o réu tende, somente como já dissemos, a provar fatos que provam a inexistência do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto (e dizem-se os motivos) e temos aí a simples prova contrária ou contraprova;
 b) ou o réu, sem excluir o fato provado pelo autor, afirma e prova um outro que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova do réu, a prova de exceção.

Em resumo, o ônus da prova restringe-se a induzir o magistrado a acolher o pleito segundo as provas apresentadas. Diante disto, se a parte omitir-se em provar o direito alegado por negligência ou imprudência, ou ainda por não possuir meios de provar, ante a hipossuficiência probatória, não cabe ao juiz determinar a sua produção para complementar a instrução. Arcando esta com o risco da ausência de apresentação de prova sobre o fato alegado.

Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 146) expõe que:

A regra da distribuição do ônus da prova, portanto, determina às partes (aspecto *subjetivo*) que, em todos os casos e independentemente da natureza do direito material, figurando na posição de autor, empenhem-se em comprovar o fato constitutivo de seu direito, ou seja, comprovem que os fatos que lhe aproveitam ocorreram devidamente como alegados e, figurando na posição de réu, empenhem-se em provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (caso existam) do direito alegado pelo autor. A mesma regra determina que o magistrado utilizar-se-á da norma (aspecto *objetivo*) de distribuição, no caso de permanecer em dúvida sobre os fatos discutidos na demanda.

Não obstante a natureza estática da distribuição do ônus, parte da doutrina pautada no artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973 reconhece a possibilidade do juiz *ex officio* de determinar a produção de provas. Desde que respeitadas às regras de distribuição, podendo acioná-las após a instrução pelas partes e desde que permaneça em estado de dúvida.

Há, portanto, possibilidade do magistrado intervir *ex officio*, “quando após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanesse o juiz em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo seu livre convencimento ou em conformidade com os dispositivos sobre o ônus da prova” (BEDAQUE, 2011, p. 126). Ou ainda no caso de prova diabólica que compreende aquela que é de difícil produção.

Os poderes instrutórios do juiz previstos influirão na atuação das regras sobre a distribuição do ônus da prova podendo ter nenhuma ou total importância no sistema processual. O agente determinante será o magistrado, visto que se tiver uma atuação mais passiva chegará ao final da fase instrutória dependendo dos critérios de distribuição para solucionar a lide. Todavia se adotar uma postura mais ativa intervindo na atividade instrutória para o fim de forma o seu livre convencimento, reduzirá a incidência destas regras.

Vale elucidar que o juiz não tem direito a prova, entretanto é este o destinatário da prova, conforme ilustra Eduardo Cambi (2006, p. 21):

O juiz não tem direito à prova, o que não significa que não possa participar ativamente da atividade probatória, uma vez que o ordenamento processual lhe confere *poderes* probatórios. Sendo conveniente a produção de prova, o magistrado pode dar início à atividade probatória, sem a necessidade de uma proposição anterior. Isso porque o juiz é *destinatário da prova*, sendo-lhe legalmente permitido buscar elementos cognitivos que tenham a função de auxiliar a formação de sua convicção (art. 130-1, CPC). O juiz, destarte, não precisa pedir, bastando-lhe fazer. No entanto, o magistrado tem o *dever* de mandar produzir a prova, porque sua atividade probatória é *complementar*, ao contrário das partes que têm *ônus probatórios*, os quais consistem na necessidade de realizar uma determinação, seja para evitar certo efeito danoso, seja para obter um resultado útil.

Para a doutrina não há dúvidas de que a atividade instrutória do juiz reduz os casos em que tenha que se socorrer das normas de distribuição do ônus quando estiver em estado de dúvida decorrente da obscuridade dos fatos. Nestas circunstâncias além do magistrado aumentar a possibilidade de esclarecimento sobre o fato, amplia conseqüentemente o julgamento correto, deixando de se pautar nos critérios de distribuição do ônus de prova, que será utilizado excepcionalmente.

Logo, deve o magistrado mediante uma instrução insuficiente, e antes de se socorrer as regras de distribuição do ônus da prova, aferir se há possibilidade de desvendar algum fato por intermédio da produção de determinada prova.

Consoante esboça José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p.133):

O magistrado, todavia, não pode pautar a sua atuação no processo com esse objetivo. Deve ele aplicar a norma a fatos *efetivamente* verificados, não importando a quem o resultado venha beneficiar. Assim, de um lado encontra-se o legislador, que muitas vezes procura favorecer a situação processual de uma das partes, por considerá-la em situação de desvantagem no plano material. De outro acha-se o juiz, que deve assegurar a todos igualdade de tratamento. A postura ativa do magistrado na produção da prova visa um resultado justo, não tem por objetivo

favorecer qualquer dos litigantes. Dessa forma, parece que a conduta do magistrado não deve se alterar, mesmo diante de uma regra de inversão do ônus da prova. Esta somente será utilizada no momento da decisão, se *necessária*, isto é, se os fatos não ficarem suficientemente demonstrados.

Observa-se que o Código de Processo Civil de 1973 contava com uma distribuição estática do ônus da prova, dentre o qual estabelecia uma regra geral que por vezes poderia mostrar-se inadequada em determinados casos em que, por exemplo, uma parte apresentasse hipossuficiência probatória perante a outra, ou ainda quando a prova era muito difícil ou impossível de ser produzida por aquele que teria o encargo de provar.

À vista disto, sobreveio o conceito da distribuição dinâmica da prova, no qual o ônus deve incidir a parte que possuir mais condições de produzi-las, em conformidade com a cooperação e a boa-fé processual. Conforme esboça a presente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. STJ, REsp 1.286.704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 28/10/2013.

Isto posto, sob a égide do Código de 1973, a doutrina e a jurisprudência admitiram excepcionalmente a dinamização da distribuição do ônus da prova, além das relações de consumo, sendo este entendimento positivado no Código de 2015, ampliando possibilidade de modificar o encargo do ônus da prova.

4.4 Dinamização do Ônus da Prova no CPC/2015: Mudança de Paradigma

Inicia-se na ritualística processual civil uma nova era com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, haja vista as grandes mudanças por ele trazidas, dentre elas os deveres-poderes instrutórios do juiz e a distribuição do ônus da prova que vem sendo amplamente abordado no presente estudo.

Foram expostos algumas introduções históricas e conceitos basilares necessários à composição do tema que se traduz em apresentar quais são os agentes limitadores de atuação do magistrado na distribuição do ônus da prova. No

entanto vale a pena repisar que todo o narrado não teve a pretensão de esgotar o estudo de todos os institutos.

A fim de dar continuidade na pesquisa, aventa-se que o novo Código em seu artigo 373 §1º ampliou a possibilidade de modificar o ônus da prova, trazendo uma carga dinâmica a esse encargo que antes era subtendido, todavia não era codificado. Vislumbrando-se claramente uma quebra de paradigma alterando a previsão do ônus estático possibilitando a sua dinamização.

Frisa-se que o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 ainda prevê como regra o ônus estático, no qual o autor deve provar fato constitutivo do seu direito e o réu da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Porém o parágrafo 1º de mesmo dispositivo permite que o juiz segundo as peculiaridades do caso dinamizar o ônus da prova. Em suma ainda há previsão do ônus estático como regra, entretanto se forem atendidos os requisitos legais poderá haver a dinamização.

Para Bruno Augusto Sampaio Fuga (2016, p. 21):

Surge, então, a dinamização do ônus da prova como um mecanismo para busca da verdade. É ela um instrumento para maximizar a busca da verdade dentro do processo (a verdade é o fim da prova) e, assim, ser útil para auxiliar no convencimento do juiz.

Sobre a teoria das “cargas” dinâmicas ou flutuantes da prova Haroldo Lourenço (2015, p. 89) preceitua que:

Chama-se dinâmica, tendo em vista que se contrapõe à noção estática de prova até então conhecida. Agora, com base nesta teoria, há um dinamismo (mobilidade) para que o sistema se adapte ao caso concreto, atendendo as circunstâncias especiais. A ideia básica é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-lo, à luz das condições do caso concreto.

Ainda sobre esta teoria Paulo Rogério Zaneti (2011, p. 127) avença que:

[...] para a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova no cenário nacional é aquele que leva em consideração a efetividade e a instrumentalidade do processo para a realização do direito material; e, nesse diapasão, processo justo é aquele que é efetivo, ou seja, que possibilita à parte a realização e o reconhecimento do seu direito material.

Esta teoria, portanto, impõe um sistema que se adapte ao caso em concreto, respondendo as circunstâncias especiais da lide, considerando a efetividade e a instrumentalidade do processo, dentro o qual suportará o encargo de provar àquele que tiver melhores condições, ou ainda aquele que criar contratempos a parte contrária impedindo a comprovação de fatos importantes à sua defesa.

Há entendimento na doutrina de que não há distinção prática entre a inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor e da carga dinâmica da prova do Código de Processo Civil de 2015. Pautado no entendimento de que a regra ainda no novo Código é do ônus estático, podendo somente o magistrado dinamizar desde que preenchidos os requisitos.

E que diferente na legislação consumerista há “uma atribuição legal do ônus da prova, não havendo necessidade, por conseguinte, de inversão do ônus da prova” (FUGA, 2016, p. 33). Logo, enquanto na norma processualista o juiz tem que analisar o caso em concreto para modificar o encargo de provar, no Código de Defesa do Consumidor já há uma determinação legal com os critérios para a inversão do ônus de provar.

Ilustra Bruno Augusto de Sampaio Fuga (2016, p. 34) que:

Uma única distinção que se verifica plausível entre a inversão do ônus da prova e carga dinâmica da prova é que na dinamização não há, a rigor, a definição de forma legal, como no CDC nos art. 12 §3º, 14 §3º, 23 e 38, ou seja, a interpretação deverá ser judicial diante das peculiaridades do caso e não há uma imposição legal para determinadas situações específicas, assim como faz o CDC.

Já para Haroldo Lourenço (2015, p. 98-99) o instituto da inversão do ônus da prova é o decorrente do Código de Defesa do Consumidor, que diante da hipossuficiência do autor ou a alegação de verossimilhança, este é dispensado do dever de provar, sendo imputado ao réu tal encargo.

Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 181) alude:

A inversão do ônus da prova é a “negação da negação”, porque dão à prova a mesma conotação punitiva e vinculada do direito material, privatista, e, o, que é pior, sob o jargão da isonomia real. E conclui: “Julga-se com a mesmíssima incerteza, acentuada pela surpresa na hora do julgamento, com a diferença de que o mais forte suportaria uma justiça injusta”.

O instituto da inversão do ônus da prova está copiosamente veiculado no ordenamento, entretanto este critério não é um dos mais justos, visto que o juiz continua com o mesmo juízo de incerteza, pois a legislação, fundamentada na isonomia material, imputa ao fornecedor, supostamente o elo mais forte, tal incerteza.

Diferentemente o que preceitua na teoria dinâmica da prova narrada por Haroldo Lourenço (2015, p. 99):

Na teoria dinâmica do ônus da prova não há inversão, simplesmente porque o juiz *não vai determinar uma “troca” de ônus*, pois não teríamos ônus subjetivos previamente estabelecidos, o que ocorre é a determinação de quem deve produzir determinada prova, sempre observando as peculiaridades do caso concreto.

Ou seja, o encargo probatório será designado a aquele te tiver melhores condições. Devendo o juiz avaliar o caso concreto para o fim de determinar quais os fatos devem ser provados e quem irá fazê-lo.

Haroldo Lourenço (2015, p. 99) conclui que:

[...] no CDC foi conferido ao magistrado poderes para que, considerando o caso em concreto, pudesse, dentro dos critérios legais (verossimilhança ou hipossuficiência), inverter o ônus da prova. Já com a distribuição dinâmica dos ônus probatórios, visando uma maior efetividade ao direito lesado ou ameaçado de lesão, o ônus da prova incumbirá à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade de demonstração.

À vista disto, para a aplicação da teoria da dinamização é necessário verificar as peculiaridades do caso concreto identificando “a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou maior facilidade de obtenção da prova por uma das partes” (FUGA, 2016, p. 22). Sobrevém, portanto, uma norma de caráter aberto impondo ao magistrado que analise o caso concreto determinando as suas peculiaridades e o consequente ônus de provar.

Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 601) expõe que:

Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional.

Elucida ainda Haroldo Lourenço (2015, p. 104) que:

Juntamente com esses deveres, as partes, em relação ao juiz, são “*colaboradores necessários*”, cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas, a ação combinada das partes, serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.

O poder instrutório do juiz, ampliado pelo Código de Processo Civil de 2015, atrelado ao princípio da cooperação, do contraditório e da adequação tem o viés de mitigar a desigualdade entre as partes, impedindo a decretação de nulidades garantindo uma tutela adequada ao direito material ostentado.

Destarte, para que haja a dinamização do ônus da prova segundo o §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 além do magistrado vislumbrar as peculiaridades da causa, ou seja, se há impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, para modificar o ônus de provar deverá fazê-lo por decisão fundamentada e respeitando o contraditório.

Ambos os institutos, decisão fundamentada e contraditório, estão previstos não somente no artigo 373 §1º do Código de Processo Civil de 2015, bem como em outros dispositivos e normas do mesmo diploma e na Constituição Federal, demonstrando a sua grande importância para o ordenamento e o dever de serem observados.

A decisão fundamentada é necessária, pois a sua ausência pode ocasionar abusos e cerceamento de direitos. Bruno Augusto Sampaio Fuga (2016, p. 25) expõe que:

A fundamentação da decisão é pedra de toque de um processo e deve ser levada a sério. A sentença ou decisões que não são fruto de crenças e devem ser submetidas a um arcabouço constitucional. Enfatiza-se que deve o juiz se pautar na persuasão racional, em que não se admite a utilização dos conhecimentos privados. O legislador restringiu o *livre convencimento* (CPC/1973, art. 131) ao retirar no novo dispositivo a expressão “livremente” (CPC/2015, art. 371). Prestigia-se, assim, a persuasão racional e a devida fundamentação na apreciação da prova.

O contraditório é outro requisito norteador para a validade da dinamização do ônus da prova, visto que inibe o cerceamento de defesa e salvaguarda o direito de produção de provas favoráveis ao deslinde da causa. Sobre contraditório Bruno Augusto Sampaio Fuga (2016, p. 24) discorre que:

[...] o contraditório no CPC/2015 é condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada, é um dever de conduta do juiz, impondo o fomento do debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório. Afirmam ainda os doutrinadores que a decisão de surpresa deve ser declarada nula.

Ciente de todos os requisitos e critérios para a validade da dinamização do ônus da prova questiona-se qual o momento adequado dentro do processo para a aplicação dos poderes-instrutórios do juiz com o fim de modificar o encargo de provar.

Há de se fazer algumas considerações antes de se chegar à conclusão. Dentre elas é vislumbrar que existem dois modelos de organização processual, o adversarial e o inquisitorial. Haroldo Lourenço (2015, p. 90-91) explica:

No primeiro, o processo assume a forma de uma competição, havendo um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, com a função de decidir quem venceu. No segundo modelo, há uma pesquisa oficial, com uma posição relativamente ativa do juiz, sendo o órgão jurisdicional um protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes (princípio dispositivo); enquanto, no segundo, cabe ao julgador esse protagonismo (princípio inquisitivo).

Diante da norma do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, o sistema adotado foi o inquisitorial, ante a previsão de amplos poderes instrutórios do juiz. Cabendo ao magistrado com ou sem requerimento da parte analisar quem tem melhores condições de produzir ou não determinada prova.

Entende-se, portanto, que a aplicação dos poderes-instrutórios do juiz “deve ser sempre na fase anterior a instrutória, para que se permita o direito de manifestação” (LOURENÇO, 2015, p. 90), como fim de garantir o contraditório e a ampla defesa, prezando pela isonomia e assegurando a boa-fé, uma vez que as partes contam com uma expectativa sobre a distribuição do ônus da prova anunciado no caput do artigo 373 do Código de 2015.

Outrossim, por não se tratar de regra de julgamento, mas sim de regra de procedimento. Humberto Theodoro Junior (2015, p. 887) relata:

O NCPC deixa bem claro que “a aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova não deve ser aplicada, tão somente, na sentença. Cabe ao magistrado, quando da fixação dos pontos

controvertidos e da especificação das provas, na audiência preliminar ou na decisão saneadora, deixar claro que a causa não será julgada pela técnica da distribuição estática do ônus da prova (art. 333 do CPC/73) [NCPC, art. 373], esclarecendo o que deve ser provado pela parte onerada pela distribuição dinâmica do ônus probatório. Caso contrário, se utilizada a técnica de distribuição dinâmica como regra de julgamento, ficará comprometida a garantia constitucional do contraditório, retirando da parte o direito à prova contrária. Justamente para evitar a utilização da técnica de distribuição dinâmica como mecanismo de prejulgamento da causa e a fim de evitar decisões surpresas, contrárias à ideia do Estado Democrático de Direito e às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, é que deve ser oportunizada à parte onerada o direito à prova”

Entreve-se que o novo Código ainda traz como regra o ônus estático, todavia como medida excepcional é possível a modificação do encargo de provar, desde que houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou maior facilidade de provar o fato contrário. Devendo tal circunstância ser analisada pelo juiz que por meio de decisão fundamentada oportunizando o contraditório poderá dinamizar o ônus de provar.

A dinamização do ônus da prova já era entendida e muitas vezes aplicada na vigência Código de 1973, sendo somente no novo Código positivada, garantindo maior efetividade ao processo e uma decisão mais justa, ao imputar o ônus de provar a aquele que possuir mais condições ou mais facilidade.

Diferente da inversão prevista na legislação consumerista que somente leva em consideração o caráter objetivo, imputando uma conotação punitiva e injusta não só àquele que terá o ônus de provar, mas a todo o processo, visto que nem sempre a inversão do ônus auxilia no convencimento do juiz. A dinamização foi inserida no ordenamento processual como ferramenta para a busca da verdade e a consequente efetividade do processo.

O procedimento de dinamização do ônus da prova admite todos os meios de prova legais capazes de comprovar a verdade dos fatos. Ademais destaca-se que independentemente do novo código não ter incluído o dispositivo sobre a dinamização na parte geral do código entende-se que ele é aplicável nos procedimentos especiais considerando o parágrafo único do artigo 318 que aduz “aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais”.

5 LIMITE DE ATUAÇÃO INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Dentre todas as modificações do Código de 2015 acredita-se que a dinamização do ônus da prova foi uma das que mais se destacou, haja vista que atingiu o cerne da ritualística processual civil, por possibilitar a modificação do encargo de provar imputando ao magistrado essencialmente o dever de deliberar sobre este remodelamento processual.

O presente estudo questiona e coloca em pauta quais os limites de atuação do magistrado na dinamização do ônus de provar, uma vez que mesmo o artigo 373, §1º do Código de Processo Civil de 2015 tenha trazido quais são os critérios que deverão ser observados para modificação e os requisitos que devem ser respeitados, a decisão do magistrado poderá extrapolar o que a norma preceitua.

Vislumbra-se que dinamização do ônus da prova previsto no artigo 373 §1º do novo código não se coaduna com a flexibilização procedimental prevista no artigo 139, inciso VI do mesmo código que amplifica e muito os poderes instrutórios do juiz. Todavia, enquadram-se como possibilidades do magistrado modificar o rito, e por consequência de flexibilizar o processo.

O artigo 373 §1º do novo código foi a codificação de uma corrente que já estava sendo adotada no código anterior, qual seja, a dinamização do ônus de provar que corresponde em redefinir quem terá o dever de provar atendendo aos critérios expressos no *códex*, possibilitando uma maior efetividade na decisão, pois além de determinar quem irá provar de acordo com a capacidade, a possibilidade do magistrado julgar sem ter conhecimento real dos fatos minimiza-se.

Alcançando o mesmo objetivo atribuindo maior efetividade a tutela perseguida, adaptando-se as necessidades do conflito o artigo 139, inciso VI também do novo código autoriza o juiz a alterar a ordem da produção das provas, determinando que uma prova seja primeiramente instruída em detrimento de outra.

Esta forma de flexibilização “pode servir como estratégia para melhor aferição dos fatos. Por exemplo, principiar com a oitiva de testemunhas, por haver fundada suspeita de que uma das partes ameaça ou tenta suborna-las, mesmo que ainda haja perícia a ser feita” (NERY JUNIOR, 2016, p. 636).

Depreende-se que ambos os institutos amplificam o poder do magistrado imputando a este grandes responsabilidades, que por consequência podem ocasionar lesão tanto para as partes, como para o bom andamento do processo. À vista disto é necessário que mecanismos de defesa sejam criados, com o fim de inibir atitudes desmedidas dos juízes.

A caminho da conclusão do presente trabalho necessário que sejam apontados os possíveis agentes limitadores que mitigam as atitudes abusivas dos magistrados quanto a dinamização do ônus da prova, impondo um equilíbrio a relação processual.

5.1 Agentes Limitadores

5.1.1 Requisitos e critérios do artigo 373 §1º CPC/15

A norma do artigo 373 §1º do Código de Processo Civil preceitua a possibilidade de dinamização desde que sejam respeitados os critérios e requisitos pelo magistrado, evitando decisões arbitrárias e afastando eventuais nulidades ou prejuízos processuais para partes.

O dispositivo mesmo sendo norma de caráter aberto é bem claro nas suas disposições, delimitando manifestamente em que situações o magistrado poderá dinamizar ou não o ônus da prova. Vale ilustrar que o artigo já foi largamente interpretado no capítulo anterior, todavia como medida de externar novamente os critérios e requisitos necessários para dinamizar o ônus da prova, passa-se a especificá-lo como agente limitador.

Preliminarmente, o dispositivo anuncia que diante de alguns critérios poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso. O magistrado deverá examinar pormenorizadamente os fatores objetivos e subjetivos da causa, “devendo o julgador vislumbrar que a simples modificação do ônus da prova poderia implicar transferir o ônus insuperável para outra parte” (FUGA, 2016, p. 22).

O critério subjetivo considera o comportamento da parte a fim de apurar se há má-fé processual, como por exemplo, quando a parte que engendra embaraços para a parte contrária comprovar fatos relevantes. Ofendendo

distintamente o princípio da boa-fé, assumindo o ônus aquele que violar uma norma de proteção ou prevenção.

No critério objetivo o magistrado examina a capacidade das partes de provar, verificando a impossibilidade ou excessiva dificuldade de quem o encargo de provar, bem como a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

A partir destas constatações que possibilitam a dinamização do ônus da prova o magistrado deverá se atentar a segunda parte do dispositivo, no qual impõe os requisitos de validade para o arbítrio do juiz que compreende em decisão devidamente fundamentada oportunizada ao contraditório.

À visto disto, constata-se que o magistrado não poderá ao dinamizar o ônus da prova fazê-lo livremente segundo as suas convicções. “O legislador restringiu o *livre convencimento* (CPC/1973, art. 131) ao retirar no novo dispositivo a expressão ‘livremente’ (CPC/2015, art. 371). Prestigia-se, assim, a persuasão racional e a devida fundamentação na apreciação da prova” (FUGA, 2016, p. 25).

Em consonância com o narrado o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil de 2015 vem exigindo que as fundamentação das decisões judiciais seja analítica, sob pena de incidir em abusos e o cerceamento de defesa entre as partes.

Mesmo que esta decisão seja devidamente fundamentada esta deverá ser submetida ao contraditório que “não se implementa com a oitiva da parte contrária simplesmente (aspecto formal), exige-se a participação, com a possibilidade de influenciar no conteúdo decisório (aspecto material)” (LOURENÇO, 2015, p. 66), ou seja, “a atividade argumentativa das partes deve necessariamente refletir-se na fundamentação das decisões judiciais” (GODINHO, 2015, p. 193).

Destarte, para que não seja considerada arbitrária a determinação do magistrado na inversão do ônus é necessário que a decisão seja racional demonstrando sua convicção e quais os elementos que a motivaram. Além disto, esta precisa ser lógica e suficientemente capaz de formar a convicção do juízo na busca da verdade, suscitando quais as provas necessárias e a quem ficou designado o encargo pela sua produção.

Observando que a parte que ficar incumbida de provar terá o seu encargo limitado a esclarecer o fato controvertido ao magistrado e não o fato constitutivo do direito da parte contrária.

Ademais, vale ressaltar que o juízo não poderá deslocar o ônus da prova totalmente, uma vez que a regra, ainda, é o ônus estático, conforme caput do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, e a sua dinamização deverá ocorrer somente em algumas situações específicas, atentando-se as peculiaridades da causa.

Em suma, para a correta aplicação do instituto o magistrado terá que se atentar as particularidades da causa, no qual prova determinada deve ser possível de ser produzida, ou seja, o juízo não poderá dinamizar o ônus pautado no fato de que a parte que tem o encargo não consiga provar, para a dinamização deverá aferir quem tem maior facilidade de provar o fato, com o fim de esclarecer a verdade e não de favorecer uma parte em detrimento da outra.

Ademais, o contraditório deve ser oportunizado evitando decisões surpresa para a parte que foi designada o ônus de provar. Devendo o novo encarregado ser intimado a tempo da decisão para se desincumbir do encargo que lhe foi atribuído.

Além disto, a decisão que determinar a distribuição dinâmica não deve ser proferida somente na sentença, mas sim em decisão anterior, ou seja, naquela que fixar os pontos controvertidos e a especificação das provas, como o fim de deixar claro que a causa não será julgada pela regra estática.

Observar-se que o dispositivo sobre a dinamização do ônus da prova delineou os requisitos e critérios que devem ser observados pelo magistrado para evitar decisões arbitrárias, possibilitando uma decisão mais justa e efetiva, todavia o presente estudo trará, ainda, mais institutos que limitam a atuação do magistrado.

5.1.2 Princípio da adequação e da adaptabilidade

A adequação do procedimento pelo magistrado mostra-se necessária, ante a inafastabilidade da jurisdição que garante o acesso ao judiciário e a tutela adequada ao direito pleiteado.

Por conseguinte, Haroldo Lourenço (2015, p. 104) explicita:

A compreensão desse direito depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer

adequação e esta deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a necessidade de adequação da técnica às diferentes situações do direito substancial.

O princípio da adequação, previsto em vários dispositivos do nosso ordenamento, vem como técnica processual impondo ao magistrado adequar o processo de acordo com as peculiaridades da causa, a fim de tutelar o direito material da melhor maneira.

Dentre eles o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 que determina que “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, devendo indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias. Isto é, adequando o procedimento segundo as necessidades da causa.

Ainda sobre o princípio da adequação Haroldo Lourenço (2015, p. 106) diz que:

A flexibilização do procedimento às exigências da causa é, no entanto, fundamental para melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo. Ademais, o poder de adequação procedimental do juiz não é restrito às normas processuais abertas, uma vez que a falta de previsão legal de técnica processual idônea a tutela do direito material ou mesmo a fixação de técnica processual inidônea obrigam o juiz a identificar a técnica processual adequada a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Vislumbra-se que o princípio da adequação vem como técnica para o magistrado adaptar o procedimento ao caso concreto, no qual poderá determinar a tramitação da lide adequando-a à especificidade da matéria litigiosa, evitando a prática de atos inúteis. “O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar esse fenômeno” (DIDIER JR., 2011, p. 75).

Adequação da lide, portanto, limita-se ao caso concreto e a tutela a ser perseguida, e por ser regra de procedimento e não de julgamento a adequação do procedimento dever ser igualmente demonstrada evitando decisões surpresas, coibindo direitos basilares como o contraditório e a ampla defesa.

Logo, o magistrado poderá adotar uma postura mais ativa dentro do processo e utilizar-se do princípio da adequação para adaptar a demanda na busca

de formar a sua convicção, todavia a sua atuação limita-se às exigências da causa, ou seja, das necessidades do direito material.

5.1.3 Princípio dispositivo

Nas disposições gerais do capítulo sobre provas no novo Código estão relacionadas normas sobre o ônus de provar e a dinamização, algumas delas já expostas no presente trabalho demonstrando em quais situações poderá se dinamizar o ônus da prova, na busca da verdade e pela formação da convicção do juízo, adaptando o procedimento segundo a necessidade do caso concreto.

Ocorre que segundo o princípio dispositivo, também denominado princípio da inércia da jurisdição, previsto no artigo 492 do Código de Processo Civil de 2015 “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

Isto é, o magistrado restringe-se a matéria arguida pela parte, podendo deliberar somente sobre o que foi aduzido e segundo iniciativa da parte, de acordo disposição do artigo 2º do novo Código de Processo Civil que preceitua que “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Luiz Rodrigues Wambier (2016, p. 82) apresentam duas razões que justificam este princípio:

[...] 1.º o juiz poderia ter sua imparcialidade afetada, se ele mesmo desse início aos processos: ao reputar que determinada tutela jurisdicional é necessária, o juiz já estaria tomando uma posição acerca da lide; 2.º a instauração de processos de ofício (i.e., sem provocação do interessado) normalmente não contribuiria para a pacificação social; se as partes não foram ao judiciário, isso significa, muitas vezes, que não reputam o litígio relevante para tanto. De todo o modo, em casos em que, por relevantes razões, não se deve deixar a opção da iniciativa jurisdicional unicamente à mercê do interessado, o ordenamento atribui a outros órgãos ou pessoas, que não o juiz, o poder de pedir a instauração de um processo judicial (p. ex., o Ministério Público).

As razões apontadas são fonte dos demais princípios norteadores do sistema processual e impõem ao magistrado algumas limitações, segundo o qual dispõe que o juiz não só deve adequar à demanda na busca de formar a sua

convicção para atender a tutela jurisdicional, deve respeitar também o que foi pleiteado, ou seja, qual a demanda intentada pelas partes, não podendo julgar a quem do processo por acreditar ser necessário.

Se demandar além do pleiteado não respeitará o princípio dispositivo, bem como romperá com um dos seus deveres precípuos que corresponde a imparcialidade. Consoante o avençado não haverá exceção desta disposição, haja vista que o sistema possui mecanismos para casos em que seja necessária a atuação jurisdicional sem romper com a sua imparcialidade, visando preservar o direito.

Nelson Nery Junior (2016, p. 1074) aduz, portanto, que o princípio dispositivo:

Respeita às questões deduzidas em juízo, não podendo o juiz conhecer de matéria a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Proposta a ação por iniciativa da parte, o processo se desenvolve por impulso oficial (CPC 2.º). O poder instrutório do juiz, principalmente de determinar *ex officio* a realização de prova que entender pertinentes, não se configura como exceção ao princípio dispositivo.

“O juiz apenas atuará nos limites em que foi provocado. Pretensões e respectivos fundamentos não formulados pelas partes, pelas vias apropriadas, não podem ser julgados pelo juiz” (WAMBIER, 2016, p. 82), não, cabendo, portanto, exceção a este instituto.

Em suma, o juiz, pautado no princípio dispositivo, deverá julgar a lide norteado somente no que foi alegado pelas partes, sendo vedado diligenciar sobre fatos, direito e provas que não foram arguidos. Haja vista, que seus atos estão vinculados ao que foi pleiteado, impedindo-o de julgar o processo sobre fatos ou direitos que as partes não tenham afirmado.

Em outras palavras, o juiz não poderá julgar de maneira diversa da pleiteada, nem condenar em quantidade superior ou objeto diverso do pretendido, independente do seu poder de atuação *ex officio*. Estando autorizado a dinamizar o ônus da prova para formar a sua convicção, desde que esta seja a demandada pelas partes.

5.1.4 Direitos e garantias fundamentais

A Constituição Federal juntamente com o Código de Processo Civil preveem vários princípios e regras reservados para a concretização do direito, funcionando como bússola para o bom andamento processual e a efetividade do direito, normas que são hierarquicamente superiores possuindo um caráter aberto permitindo várias interpretações, todavia sua finalidade precípua é preservar o direito.

Vale ressaltar que o novo Código de Processo Civil igualmente reproduz os princípios trazidos pela Constituição Federal, todavia o seu texto atual apresenta novos princípios que são desdobramentos da norma constitucional, ampliando o rol de direitos e normas fundamentais, como por exemplo, com a inserção do princípio da cooperação, largamente abordado no presente estudo, que devem também ser respeitados pelo magistrado.

Que conforme aduz Nelson Nery Junior (2016, p. 1075-1076):

O juiz pode assumir posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária [...]. Tal poder, entretanto, deve ser exercido sem que o julgador desmereça dos demais princípios que norteiam o processo civil.

À vista disto, além dos princípios listados que compreendem parte de um contexto, existem outros que regem não só o processo, mas todo o ordenamento almejando garantir a proteção do direito e a efetividade da tutela, que igualmente devem ser observados e que desempenham papel de agente limitador para a atuação não só do juiz, bem como das partes, dentre eles o princípio do devido processo legal e da isonomia.

O princípio do devido processo legal compele obediência às regras instituídas legalmente, evitando-se que os atos processuais sejam desempenhados em desacordo com as normas, “consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição da República, é, em verdade, causa de todos os demais” (CAMARA, 2008, p. 33).

Este princípio é essencial, pois garante segurança jurídica que constitui não só elemento do devido processo legal, mas de todo o sistema jurídico, uma vez que é necessário ter conhecimento dos procedimentos e das regras de conduta

entre os indivíduos, ou entre estes e os Estados, pois é a certeza que assegura a segurança.

Este é considerado um dos princípios constitucional mais importante, pois além de ser embrião para os demais, exprime dupla proteção ao sujeito, na esfera material e formal, concedendo a parte instrumentos para atuar com paridade de condições.

Decorrente do seu desdobramento “a isonomia (ou igualdade) está intimamente ligada à ideia de processo justo – isto é, de devido processo legal – eis que este exige necessariamente um tratamento equilibrado entre os seus sujeitos” (CAMARA, 2008, p. 41). No qual aduz que “as diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial” (LOURENÇO, 2015, p. 71).

O princípio da isonomia, previsto no artigo 139, inciso I do Código de Processo Civil de 2015, será devidamente respeitado quando forem garantidos aos sujeitos do processo as mesmas condições, ou seja, paridade de armas. Por conseguinte, é indispensável que as diversidades existentes entre as partes sejam reconhecidas com o fim de garantir a igualdade substancial e não a meramente formal.

Nélson Nery Júnior (1999, p. 42) manifesta que o princípio constitucional da isonomia reflete no processual civil, da seguinte maneira:

O Artigo 5º, caput, e o inciso n. I da CF de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do artigo 125, n. I, do CPC, teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Estes princípios são normas norteadoras para o processo civil, e por possuírem previsão constitucional são alicerces para o emprego das regras processuais infraconstitucionais. Conclui-se, portanto, que devem ser igualmente respeitadas pelas partes, principalmente pelo magistrado neste novo código, que teve os seus poderes ampliados.

José Afonso da Silva (1999, p. 221) avalia o princípio constitucional da igualdade como direito fundamental sob a perspectiva da função jurisdicional:

A igualdade perante o Juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia constitucional indissolúvelmente ligada à democracia. O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

À vista disto, verifica-se a possibilidade de distinção e tratamento diferenciado segundo critérios valorativos dos magistrados, desde que sejam razoáveis e possam se justificar, visando conferir tratamento isonômico entre as partes. “Ao se observar qual parte tem melhores condições de produzir determinada prova nada mais se está fazendo do que velando pela aplicação de uma isonomia material” (LOURENÇO, 2015, p. 72).

Ademais, o magistrado ao aplicar as normas deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, segundo previsão do artigo 8º do Código de Processo Civil, que é desdobramento das normas fundamentais previsto na Constituição Federal.

Haroldo Lourenço (2015, p. 72) enfatiza:

Frise-se que além de ser dever do magistrado promover a igualdade entre os naturalmente desiguais é, ainda, um dever ínsito ao Estado. O Estado Social atual exige uma igualdade real como meio justo e legítimo para se alcançar a paz social, ganhando a prova relevante papel nesse contexto, que somente é alcançado se for permitido aos litigantes igualdade de armas e chances no manuseio dos instrumentos processuais, especialmente os probatórios.

Logo, o magistrado na dinamização do ônus da prova deverá precipuamente respeitar o devido processo legal, extraído da norma processual a máxima efetividade do direito material, garantindo a todos um processo com todas as etapas previstas no ordenamento, uma vez que se não forem observadas as normas, este se tornará nulo.

Aliado a esta atuação o juiz deverá atender aos critérios do princípio da isonomia, viabilizando a igualdade entre as partes na medida de suas desigualdades, garantindo a paridade de armas. Sem prejudicar uma parte em

detrimento da outra, para demandar um processo justo, efetivo e que respeita as normas estabelecidas.

5.1.4 Vedação das provas ilícitas

O artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal impõe uma restrição constitucional às provas ilícitas e conseqüentemente ao direito a prova, salvaguardando direitos fundamentais como a dignidade, liberdade e a intimidade das pessoas. Este dispositivo apresenta-se relevante para o sistema jurídico, preservando o jurisdicionado inibindo atos invasivos do Estado e dos seus agentes.

Francisco dos Santos Dias Bloch (2016, p. 152-153) ilustra:

São exemplos de provas ilícitas aquelas produzidas com base no acesso ilegítimo a fontes probatórias pelas partes, com a interceptação ilegal de correspondência física ou eletrônica, invasão de memória de computador, traslado de autos processuais sujeitos a sigilo de justiça, interceptação telefônica fora dos limites expressamente autorizados por lei, ou quebra de sigilo bancário ou fiscal. [...] Já a ilicitude dos meios de prova ocorre quando o ilícito é cometido no acesso às respectivas fontes, como, por exemplo, a extorsão, tortura ou ameaça na inquirição das testemunhas.

Verifica-se que “são consideradas provas ilícitas, aquelas obtidas de maneira a contrariar normas de direito material, inclusive constitucionais e, em determinados casos, ferindo princípios fundamentais do Direito” (RAMIRES, 2002, p. 70). Isto é, a prova será ilícita quando a atividade probatória resultar em alguma infração ao direito material ou processual, no qual se aplicará a sanção de ineficácia probatória, declarando a prova ilícita inadmissível, devendo o magistrado desconsiderar as informações trazidas por meio desta prova.

O princípio da vedação das provas ilícitas, portanto, atua como agente norteador na interpretação do artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Que prevê que “serão moralmente legítimos os meios de prova que em si sejam lícitos, e desde que sejam utilizados para acessar fontes de prova

localizadas de forma lícita: outros meios não servirão para demonstrar a veracidade das alegações em juízo” (BLOCH, 2016, p. 152). Devendo conseqüentemente serem inadmitidos pelo juiz que não poderá utilizar a informação obtida para formar o seu convencimento.

Assim sendo, são inadmissíveis no processo as provas ilícitas, haja vista o meio pelo qual se deu a sua obtenção, decorrente de violação de princípios constitucionais. Francisco dos Santos Dias Bloch (2016, p. 152-153) conclui:

[...] a vedação à prova ilícita deve incidir em todos os momentos da atividade probatória, desde a admissibilidade até sua valoração pelo órgão julgador. E a consequência de sua utilização, em sede processual, é de fato, a ineficácia, em razão da inaplicabilidade da prova como um todo, de modo que a sentença que nela se baseou será inquinada de nulidade.

Todavia a doutrina tem entendido que para o exercício da atividade jurisdicional e o alcance da efetividade da tutela estes não devem sofrer restrições, devendo a proibição ser considerada a luz da atividade probatória. Havendo a necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre a tutela violada na obtenção da prova ilícita e os meios necessários para o alcance da atividade jurisdicional justa e efetiva.

José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 150) exemplifica:

Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo a existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deve ignorá-las e decidir de forma diametralmente oposta à aquela decorrente de sua convicção?

Há entendimento predominante de que o magistrado não deverá considerar as provas ilícitas, haja vista o meio pelo qual ela foi produzida, dentre o qual se for admitida influirá no desfecho do processo, e será forma de aceitar violação a princípios constitucionais.

No entanto, outra parte da doutrina depreende que o exercício da atividade jurisdicional, objetivo pretendido pelo Estado, não deve sofrer restrições, e que mesmo sendo regra permite-se atenuações para a utilização das provas ilícitas, uma vez que urge ao exercício da jurisdição diligenciar as provas necessárias para a efetivação da tutela jurisdicional.

Como ferramenta de solução utiliza-se o princípio da proporcionalidade que segundo Francisco dos Santos Dias Bloch (2016, p. 155):

[...] a aplicação do critério da proporcionalidade admite a ilicitude da atividade probatória, e a conseqüente ineficácia da prova obtida com infração às normas de direito material ou processual. Mas esta proibição pode ser atenuada em casos excepcionais, como, por exemplo, no processo penal, quando a prova ilícita for favorável ao réu, ou quando for necessário tutelar valores fundamentais, como o bem estar de menores de idade. A vedação às provas ilícitas, portanto, pode ser atenuada por meio de uma ponderação entre os valores lesados pela ilicitude da prova, e aqueles que se busca proteger no processo, levando-se sempre em conta o caso concreto.

Na aplicação da proporcionalidade para admissão ou não das provas ilícitas, devem ser considerados alguns limites mínimos para o fim de assegurar o direito da sociedade no geral e das partes. Vale ressaltar também que independente da solução adotada, aquele que violar ordenamento jurídico para obter prova ilícita deverá responder pelo ato praticado.

A crítica da doutrina consiste em: se eximir a possibilidade do magistrado de designar a produção da prova ilícita revela-se que se aceita que o provimento jurisdicional pode não representar os fatos arguidos pelas partes pertinentes para a formação da convicção do juiz e o conseqüente deslinde da causa de forma mais efetiva. Não beneficiando o ordenamento jurídico já corrompido pelo ato ilegal realizado para obter a prova.

Isto posto, José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 150-151) afirma:

[...] se a solução encontrada pelo magistrado, em virtude dessa desconsideração, não corresponder à aquilo que realmente ocorreu no mundo dos fatos, teremos duas violações da ordem legal: aquela praticada pela parte, que se utilizou de um meio ilegal para conseguir demonstrar esse fato; e a outra, cometida pela parte contrária, cujo comportamento, também ilegal, restará aprovado pelo próprio órgão jurisdicional.

Logo, subtende-se que o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado com o fim de ponderar todos os princípios constitucionais compreendidos no caso em tela. Observando que estes não se excluem, sendo apenas interpretados de acordo com os valores que se apresentam na situação concreta.

“Essa conclusão não implica desconhecer o caráter ilícito da conduta daquele que obteve a prova. Apenas leva em consideração o fato de que cabe ao

jugador utilizar-se de todos os meios necessários à descoberta da verdade” (BEDAQUE, 2011, p. 152-153). Sendo inadmissível que as violações cometidas na produção da prova obstem sua apresentação e, provavelmente, uma decisão justa.

A mitigação da vedação às provas ilícitas estabelece uma exceção a regra que se funda na proibição. Francisco dos Santos Dias Bloch (2016, p. 155) aduz:

O que admitimos é a possibilidade de o órgão julgador, por meio de decisão corretamente fundamentada, admitir a absoluta necessidade de se realizar determinada atividade probatória, e deferi-la nos termos estritamente necessários para o fim de comprovar a veracidade das alegações veiculadas naquele processo. Tal medida será admissível apenas quando a atividade probatória, fundamental à demonstração de determinada alegação pertinente e relevante a um processo, esbarre frontalmente com a intimidade e a privacidade, inclusive quanto aos meios de comunicação.

Ainda sobre a mitigação José Roberto dos Santos Bedaque (2011, p. 155) afirma que:

O julgador somente poderia valer-se desse poder em caráter excepcional, isto é, apenas quando a produção da prova revele-se absolutamente imprescindível para que o escopo do processo seja alcançado. E após rigorosa ponderação dos valores que se contrapõem.

Willian Santos Ferreira (2014, p. 109-110) expõe que:

[...] a obtenção das provas deverá ocorrer por decisão judicial fundamentada, demonstrado a imprescindibilidade da parcial redução da inviolabilidade, o que representará, pela harmonização de direitos, a tutela jurisdicional do direito à prova assecuratória de prova obtida por meio ilícito, porém aqui com prévia autorização judicial.

Constata-se que o princípio da vedação das provas ilícitas inibe o juiz de aprecia-las, uma vez que no momento da sua produção direito fundamental foi violado. Todavia a doutrina entende haver a necessidade de mitigação deste princípio, desde que respeitados os valores dos direitos fundamentais e a busca da verdade para atendimento da tutela, aplicando o princípio da proporcionalidade.

Desta forma, o magistrado se em uma situação excepcional tomar conhecimento de uma prova ilícita poderá determinar a sua produção e aprecia-la, visto que eventual ilicitude não poderá rechaçar o poder instrutório do juiz. Devendo demonstrar por meio de decisão fundamentada a necessidade da sua produção,

bem como a reduzida violação ao direito fundamental frente à busca da efetiva tutela jurisdicional, prestigiando o acesso à justiça, contraditório e a ampla defesa.

5.1.6 Prova diabólica

Impende ser necessário aduzir novamente que o instituto do ônus da prova não é uma alternativa para a resolução do litígio, mas um meio para solucionar na busca da verdade sobre os fatos aduzidos, no qual não importa quem produziu e nem se seus os efeitos beneficiarão quem a produzir, esta tem o fim única e exclusivamente de formar a convicção do magistrado para consequentemente proferir uma decisão justa e efetiva.

À vista disto, “ônus da prova é saída para a ‘carência probatória’ (regra de julgamento), evitando o *non liquet*, deve ser empregado quando frustrados os meios instrutórios para esclarecimento do *thema probandum*” (FERREIRA, 2014, p. 251). Ou seja, o instituto do ônus da prova somente será utilizado na ausência de convicção judicial, por este motivo enquadra-se como regra de julgamento, sendo, portanto, necessário para o desfecho do processo.

Com a previsão da dinamização do ônus da prova esta regra de julgamento ganha expressividade, haja vista que com a possibilidade de inverter o ônus da prova o magistrado diminui a possibilidade de não alcançar a verdade sobre os fatos e alcançar uma decisão mais adequada.

Ocorre que como toda regra há exceção, sendo estas estudadas ao longo deste capítulo, dentre elas tem-se a prova diabólica que também se enquadra como agente limitador do poder instrutório do juiz ao demandar sobre a dinamização do ônus da prova, que esta previsto no §2º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 373. §2º. A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Vislumbra-se que a dinamização do ônus da prova, que se enquadra como regra de julgamento, não poderá ser dinamizada quando para a formação da

sua convicção o magistrado determinar a produção de provas sobre fato que seja impossível ou excessivamente difícil de provar.

Fredie Diddier Jr. (2016, p. 117-118) ilustra que:

A prova diabólica é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência à aqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”.

Há quem entenda na doutrina que prova diabólica designa algo que não ocorreu, ou melhor, prova de fato negativo. Todavia nem sempre todo fato impossível ou excessivamente difícil de prova constitui-se em negativo, visto que a dificuldade em provar pode compreender-se em fato positivo, quando aquele que quem tem o encargo de provar não tenha acesso a prova resultante das peculiaridades do caso em concreto.

Entretanto, a prova negativa poderá ser diabólica quando for uma negativa absoluta, não havendo nenhum meio hábil de produzi-la. “A *negativa absoluta* é afirmação pura de um não-fato, indefinida no tempo e/ou espaço” (DIDIER Jr., 2016, p. 120), ou seja, quando for impossível provar que esteve em determinado lugar.

Contrapondo-se “a *negativa relativa* é afirmação de um não-fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo” (DIDIER Jr., 2016, p. 120). Conhecido também como *álibi*, quando, por exemplo, para provar que não estava em um determinado lugar comprova que estava em outro. Desta forma, para demonstrar o não-fato constitutivo do seu direito a parte prova a ocorrência de um fato positivo correspondente, superando, portanto, a alegação de prova negativa ou impossível.

Logo, conclui-se que toda alegação positiva é negação de fatos contrários, visto que quem aduz que estar em determinado local automaticamente afirma que não estava em outro lugar, prova-se o fato negativo com uma afirmação.

Entretanto, provar realmente que não estava em determinado local por meio de uma negação sem contraposição a assertiva positiva poderá ser considerada prova diabólica ou negativa absoluta, impossível de ser realizada,

todavia, a parte contrária poderá provar que a arguição é falsa, revelando que determinada pessoa já esteve no local aduzido.

Narra-se que a parte contrária poderá ou não provar o fato negativo, quando a prova for unilateralmente ou bilateralmente diabólica. “*Unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes e viável para outra. No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é *bilateralmente diabólica*” (DIDIER Jr., 2016, p. 120).

Nesse diapasão, Daniel Amorim Assumpção Neves (2012, p. 420) expõe que “[...] o problema é o fato negativo indeterminado (fatos absolutamente negativos), porque nesse caso é até possível a prova de que a alegação desse fato é falsa, mas é impossível a produção de prova de que ela seja verdadeira”.

Na hipótese da prova unilateralmente diabólica – impossível ou extremamente difícil para uma das partes – o magistrado pode e deve redistribuir dinamicamente o ônus da prova para a parte capaz de produzi-la. Não obstante, a dinamização do ônus quando a prova for bilateralmente diabólica lesionaria o princípio da isonomia e seria uma decisão arbitrária, por impor encargo a parte contrária em detrimento da outra parte, que também é incapaz de produzi-la, encontrando-se em situação correspondentemente desfavorável.

Neste diapasão o ônus probatório aufere contornos de maior gravidade, uma vez que ambas as partes não possuem meios de evidenciar o que alegam, causando injustiças se houver a dinamização do ônus da prova. Oportunidade em que “o juiz não chega sequer a uma convicção de *verossimilhança*, em face da *inesclarecibilidade da situação fática*” (MARINONI, 2006, p. 1).

Em razão da *inesclarecibilidade* o magistrado poderá não formar minimamente a sua convicção, no qual “uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal é vedado o *non liquet* [...] submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável” (DIDIER Jr., 2016, 119).

À vista disto, quando o magistrado for inverter o ônus da prova, ou seja, impor um encargo a parte que originariamente não possuía, é necessário prever que quem vai assumi-lo tem a possibilidade de realiza-lo, uma vez que a

dinamização não é somente a transferência de um ônus, mas também a imposição de uma perda, devendo ocorrer quando a parte tiver possibilidade de comprovar a não existência de fato constitutivo.

É inequívoco que a parte que apresentar condições de provar a não existência de fato constitutivo, por si só, não viabiliza a inversão do ônus da prova. “Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe” (MARINONI, 2006, p. 1).

Isto é, a dinamização do ônus da prova requer bom senso e “para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, qual das partes assumiu o ‘risco de inesclarecibilidade’” (DIDIER Jr., 2016, p. 119). Partindo do pressuposto de quem viola uma norma aceita o risco do dano produzido, e conseqüentemente o risco decorrente da dificuldade de provar.

Fredie Didier Jr. (2016, p. 119) expõe:

Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência.

Em suma, o magistrado na busca da verdade pode ficar em dúvida quanto da existência do fato constitutivo do autor, cabendo ao juiz dinamizar o ônus da prova desde que avalie se a parte contrária que não tem o ônus de provar possui condições e meios de provar, e que o direito material discutido exija a demonstração do fato constitutivo.

Logo, nos casos em que não seja possível dinamizar o ônus da prova decorrente da impossibilidade ou dificuldade de provar para ambas as partes, o magistrado corre o risco de não formar uma convicção sobre a verdade dos fatos. A vista disto aplica-se a regra do caput do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 e ao fim da instrução verifica-se quem assumiu o “risco da inesclarecibilidade”, pois aquele que viola uma norma aceita o risco do dano produzido, e conseqüentemente o risco decorrente da dificuldade de provar.

Conclui-se que na existência de prova diabólica para ambas as partes o magistrado não poderá dinamizar o encargo de provar, mesmo que não tenha formado sua convicção sobre os fatos, visto que se fazê-lo poderá ferir o princípio da isonomia e tomará uma atitude arbitrária, e prejudicará uma parte em detrimento da outra.

5.1.7 Dinamização do ônus da prova por convenção das partes

O Código de Processo Civil de 2015 diferentemente do seu antecessor surge com várias inovações na tentativa de acompanhar as necessidades processuais que vão surgindo ao longo do tempo decorrente da evolução da sociedade e dos novos litígios estabelecidos e possíveis resoluções que vão sendo criadas.

Durante o presente trabalho abordamos algumas destas novidades que buscam aperfeiçoar procedimento para o fim de alcançar uma decisão justa e efetiva. A dinamização do ônus da prova, conforme avençado vem como regra de julgamento que deve ser utilizada pelo magistrado na busca da verdade. Em consonância a este instituto verificou-se que houve ampliação dos poderes instrutórios do magistrado, o autorizando a atuar mais ativamente dentro do processo.

As normas apresentadas foram influenciadas pelos preceitos fundamentais previstos pela Constituição Federal e da parte geral do novo código, no qual asseguram igualdade de tratamento entre as partes, devendo estes cooperar entre si e comportar-se de acordo com a boa-fé.

Atualmente, tanto as partes (autor e réu) e o magistrado colocam-se como entes atuantes dentro do processo, respeitando cada um a sua função, todavia devendo cooperar entre si. Essa nova modalidade de processo permitiu uma maior autonomia tanto do magistrado – personificado na ampliação dos poderes-deveres do juiz – quanto das partes em si convencionado pelo negocio processual.

Eduardo Cambi (2017, p. 197) expõe:

A natureza pública do direito processual civil não impede a realização de acordo pelas partes para a alteração de rito e de atos processuais. Isso fica bastante claro no Código de Processo Civil de 2015. Ainda que existam

limites para tais deliberações, não há uma incompatibilidade entre essa tendência de contratualização processual e a raiz pública do exercício da função jurisdicional. Tanto é assim que o art. 190 do Código estabelece uma cláusula geral autorizadora de negócios jurídicos processuais. Trata-se de uma postura coerente com a nova racionalidade de diálogo e cooperação na construção das decisões judiciais. Estas não devem ser simplesmente impostas pelo juiz, mas sim alcançadas mediante a interação entre todos os sujeitos processuais.

No *códex* anterior o magistrado possuía menos autonomia dentro do processo, contudo cabia a este atividade jurisdicional e o direcionamento do procedimento, e atualmente já é possível as partes flexibilizar o trâmite processual ofuscando estrelato judicial, denominado negocio processual, que conforme ilustra Eduardo Cambi (2017, p. 197):

Os negócios jurídicos processuais são atos jurídicos em que a vontade das partes detém a possibilidade de alterar o conteúdo e os efeitos dos atos processuais. Eles podem ser realizados antes ou no curso do processo. Consistem, assim, em uma das espécies de negócio jurídico *lato sensu*, caracterizado justamente pela capacidade de produção de efeitos no processo. Neles, a livre escolha das partes estipula regras para o procedimento ou para os seus atos, afastando a incidência das normas processuais. Não se trata, evidentemente, de convenções a respeito do direito material objeto do litígio, mas sim sobre a aplicação das regras do próprio processo.

À vista disto, o novo ordenamento processual oportunizou que as partes convencionassem sobre a distribuição do ônus da prova, admitindo que convençionem de quem será o encargo de provar, podendo ser firmado antes ou no curso do processo conforme §3º e §4º do artigo 373 do mesmo diploma. “Trata-se de uma repercussão da autonomia privada no processo. É espécie de negócio processual sobre ônus da prova, baseado na vontade das partes, que se coaduna com um processo civil colaborativo (NCPC, art. 6º) e democrático” (CAMBI, 2017, p. 654).

Não há restrição para a convenção que pode recair sobre qualquer fato, simples ou jurídico, lícito ou ilícito, no tocante a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual, podendo recair sobre um negócio jurídico autônomo. Desde que não recaia sobre direito indisponível ou que seja excessivamente difícil para a parte exercer o seu direito.

A doutrina se divide quanto à mitigação dos poderes instrutórios do magistrado, no qual uma corrente preceitua que “uma vez firmada a convenção, e

desde que satisfeitos os requisitos de validade, ela é imediatamente eficaz. Aplica-se aqui o disposto no art. 200 do CPC: é desnecessária a homologação pelo juiz para que o negócio seja imediata e plenamente eficaz” (DIDIER, 2016, p. 124).

Em contrapartida há o entendimento de que as convenções não impedem a iniciativa probatória do juiz, no qual “o fundamento básico contra os acordos em matéria probatória, portanto, centra-se na impossibilidade de se regular atividade alheia, interferindo nos critérios de julgamento” (GODINHO, 2015, p.195).

Godinho (2015, p.195) ainda narra que:

[...] a resistência aos acordos processuais em sentido amplo possui inegavelmente uma dimensão ideológica, na medida em que há que se depurar a atividade probatória para que o ato de julgar não receba outras interferências e seja proferido de maneira solipsista.

Para essa corrente doutrinária a convenção do ônus probatório não deve operar, uma vez que devem prevalecer os poderes instrutórios do magistrado. Contrapondo esse entendimento Fredie Didier (2016, p. 124-125) aduz excepcionalmente que:

[...] esse posicionamento doutrinário encontra-se em desacordo com a lógica probatória: a disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir prova – que, por conta do princípio da comunhão da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória. Na verdade, assumindo o referido posicionamento, qualquer modalidade de inversão ou dinamização probatória tornar-se-ia inútil. Em nenhuma das possibilidades de dinamização é impedida a atividade probatória do órgão julgador. Acontece que, havendo essa inversão, há natural modificação na atuação probatória das partes – ônus subjetivo – como também a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus probatório – ônus objetivo –, mas nada dispõe sobre os poderes probatórios do magistrado.

Isto posto, realizado o negócio processual quanto ao ônus de provar poderá o magistrado realizar atividade probatória, desde que dentro dos limites da convenção processual quanto a aplicação do ônus objetivo da prova e que esta se mostre mais eficiente para o deslinde do processo. Visto que o procedimento tem o fim de suprimir incertezas, sendo a fase instrutória o ápice para formar a convicção do magistrado.

Conclui-se, que mesmo havendo algumas críticas na doutrina para não incidência do negócio processual probatório, compreende-se que esta convenção

não coíbe a iniciativa probatória do magistrado, todavia este deverá respeitar os limites estabelecidos quanto ao ônus probatório objetivo e os riscos de não se desincumbir do encargo, sendo esse este instituto revestido pelo corolário do processo cooperativo.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, depreende-se que o presente estudo diligenciou em apresentar os agentes mitigadores de atuação do magistrado na dinamização do ônus da prova, ferramentas norteadoras de comportamento deste dentro do processo, vislumbrando evitar decisões arbitrárias.

Inicialmente, verificou-se que a mudança de paradigma instituída pelo novo código imputou ao magistrado uma participação mais ativa no processo, dentre o qual deixou de ser mero expectador para ser um dos protagonistas do processo. Essa nova perspectiva, conforme se pode observar não teve o intuito de ferir a isonomia dentro do processo, mas de garantir mais efetividade a este.

O dever de cooperação, fundamentado no princípio recém-chegado vislumbrou a recolocação da figura monótona do magistrado dentro do processo, o tornando mais ativo e participativo na lide, colocando-o como colaborador imediato, impondo não somente ao juiz mais a todos os sujeitos do processo o dever de cooperar estabelecendo conseqüentemente um diálogo mais efetivo entre as partes, com o fim de obter um processo mais justo, célere e adequado.

Verificou-se que o princípio da cooperação é decorrente dos desdobramentos do princípio da boa-fé, que visando acompanhar as necessidades atuais, simplifica a atividade jurisdicional e de qualquer dos sujeitos processuais, atribuindo ao processo um melhor aparato judicial ante a nova realidade.

A pretensão processual é a busca de uma solução mais justa e eficaz da lide, à vista disto, o legislador externou meios de assegurar eficazmente a justiça e a proteção do direito tutelado, com a renovação do processo e seu procedimento, impondo a cada um dos sujeitos o dever de cooperarem e dialogarem entre si, ordenado pela lealdade e a boa-fé, respeitando o contraditório e a ampla defesa.

Alicerçado ao dever de cooperação avaliou-se que os deveres-poderes instrutórios do magistrado foram ampliados com a vigência do novo código, em comparação ao código anterior, no qual havia previsão, contudo o rol era menor que o atual, fruto de um desenvolvimento histórico sobre o instituto, que na concepção do direito antigo a iniciativa probatória do juiz era restrita e não viabilizava o processo.

No entanto, constatou-se um aperfeiçoamento dos deveres-poderes instrutórios do juiz em razão da socialização do direito e da visão publicista do processo, que vislumbrou um ativismo judicial no campo probatório retratando o interesse da sociedade na busca da verdade para proferir uma decisão mais justa e efetiva.

A nova sistemática do novo código intensifica a participação do juiz dentro do processo, possibilitando a este um melhor exercício de suas funções, tornando-o mais eficiente, substituindo a imagem do juiz inerte para uma mais atuante. No entanto, verifica-se que mesmo que os poderes tenham sido ampliados frente ao código anterior, se comparados ao ordenamento português estes ainda são limitados, pois priorizaram uma gestão mais formal do processo.

Alinhado ao aumento da participação do magistrado e a ampliação dos deveres-poderes instrutórios, a dinamização do ônus da prova revela-se como regra de julgamento que possibilita a inversão do encargo do ônus a aquele que não tinha o dever de provar, permitindo ao magistrado maior possibilidade de formar a sua convicção fundada na verdade diante da instrução processual.

A dinamização do ônus da prova, consoante apurado era um instituto reconhecido pela doutrina e presente em algumas decisões jurisprudenciais, todavia somente com o novo código houve a codificação desta norma. Esta previsão possibilitou uma quebra de paradigma dentro do ordenamento processual, uma vez que possibilitou a dinamização do ônus de provar que antes era estático.

Percebe-se que a regra ainda é o ônus estático, todavia o novo código autoriza o magistrado a modificar o encargo, se estiverem presentes os requisitos e forem atendidos os pressupostos de validade, determinando a aquele que não tem o ônus, o encargo de provar determinado fato, ferramenta utilizada para viabilizar a formação da convicção do juiz.

Comparando os dois códigos aduz-se que houve realmente uma quebra de paradigma substancial quanto a atuação do magistrado na fase instrutória que passou a ser mais ativa e participativa, não somente decorrente do dever de cooperação, mas também da ampliação do rol dos deveres-poderes instrutórios e com a codificação da dinamização do ônus da prova.

Em atenção a essa nova sistemática verifica-se que o poder de atuação o magistrado poderá perpetrar condutas e decisões arbitrárias lesionando o

direito tutelado. À vista disto, foram identificados alguns agentes limitadores desta atuação, a fim de nortear esta conduta, contudo o presente trabalho não vislumbrou esgotar todos os meios, mas somente expor algumas normas que podem ser utilizadas como fontes norteadoras, pois para avaliar se o procedimento adotado pelo magistrado é arbitrário, deve-se levar em consideração o caso em concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOUD, Alexandre. **Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação?** Revista Jurídica Consulex. Ano XXII. Nº 267. Ano 2008.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BLOCH, Francisco dos Santos Dias. **Direito à Prova e Cerceamento de Defesa**. São Paulo: Lualri Editora, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em cinco de outubro de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. **Código de Processo Civil 2015**. Promulgado em 16 de março de 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. **Código de Processo Civil 1973**. Promulgado em 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 30 jul. 2017.

_____. **Código de Processo Civil 1939**. Promulgado em 18 de setembro de 1939. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Exposição de motivos do Código de processo civil 1939**. Apresentado em 24 de julho de 1939. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi8m9O_zdXAhUDNZAKHV-VCXYQFgg0MAI&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.leg.br%2Flegin%2Ffed%2Fdelei%2F1930-1939%2Fdecreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc&usg=AOvVaw2RLG1PrqrdWWcAKX0Z6C7O>. Acesso em: 26 nov. 2017.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**. In: Revista Justitia, nº 40, p. 7. São Paulo, jan, fev, mar e 1963.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol I. 18º ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

_____. [et al.]. **Curso de Processo Civil Completo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2º ed., Campinas: Bookseller, 2000.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. vol. 1, 13º ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2011.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. vol. 1, 17º ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

_____. Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. vol. 2, 11º ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FERREIRA, William Santos Ferreira. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FONSECA, Celso Silva. **D. João II (1481-1495): A Construção da Autoridade Jurídica do Monarca**. In.: Coletâneas do Nosso Tempo. Ano 07, v. 07, n. 08. Cuiabá, EdUFMT. 2008.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio... [et. al.]. **Principais Inovações do Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2017.

_____. **A Prova no Processo Civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 1º ed. Birigui: Boreal Editora, 2016.

GODINHO, Robson. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa**. Birigui: Editora Boreal, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 11º. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 13º. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 2. 13^o ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso a justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

GUSMÃO, Manoel Aureliano. **Processo Civil e Comercial**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1924.

LOPES, João Batista. **Iniciativas probatórias do juiz e os arts. 130 e 333 do CPC**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 716, 1995.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8845/formacao-da-conviccao-e-inversao-do-onus-da-prova-segundo-as-peculiaridades-do-caso-concreto>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MISAEL, Montenegro Filho. **Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Anotações sobre o Título “Da Prova” do Novo Código Civil**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 36, jul./ago. 2005.

_____. **Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel do Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo**. Revista de Processo. São Paulo, ano 09, n. 37, jan./mar. 1985.

_____. **A Função do Juiz**. Revista da AJURIS. Porto Alegre, ano 19, n. 54, mar. 1992.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 25^o ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de processo civil comentado**. 16º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4º ed. São Paulo: Método, 2012.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Processual Civil**. 4º ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2º ed. São Paulo: Max Limonad, 1979.

_____. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

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

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 31º ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

TARUFFO, Michele. **A Prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1º ed., São Paulo. Editora Marcial Pons., 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 55º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. 1. 56º ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luis Rodrigues e Eduardo Talamini. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. vol. 1. 16º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et. al.]. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3º ed. ver., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. Editora Malheiros. São Paulo, 2011.