

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANDERSON INOUE DE MELO

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

MARÍLIA/SP
2019

ANDERSON INOUE DE MELO

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto.

MARÍLIA
2019

Melo, Anderson Inoue de
Dinamização do ônus da prova / Anderson Inoue de Melo. -
Marília: UNIMAR, 2019.
125f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos
Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade
de Marília, Marília, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto

1. Celeridade Processual 2. Dinamização 3. Ônus da Prova
4. Processo Civil 5. Prova I. Melo, Anderson Inoue de

CDD – 341.46

ANDERSON INOUE DE MELO

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____

Prof. Orientador Dr. Elias Marques de Medeiros Neto

Profa. Dra. Walkiria M. H. Ferrer

Prof.(a) Dr.(a)

Dedico este trabalho à Bianca Inoue e Valquíria
Mitie Inoue, meus grandes amores.

AGRADECIMENTOS

O principal dos agradecimentos, faço a Deus, por toda saúde, entusiasmos, energia e por ter colocado pessoas que foram fundamentais na minha trajetória até aqui, e certamente serão doravante; agradeço a minha mãe, Valquiria, sempre dedicada e ouvinte, que me proporcionou boa educação desde sempre, e me apoiou incondicionalmente. Agradeço igualmente a minha irmã, Bianca, pelo incentivo, e por cuidar da nossa mãe enquanto eu estive longe.

Aos meus amigos e colegas da UNIMAR, pelo compartilhamento diário de ideias e ensinamentos, dentre os quais destaco Lidiana, pela especial amizade, parcerias e cafés. À Cris e Flávia, pela amizade, apoio e risadas.

Agradeço aos colegas do mestrado, em especial das turmas 2017.2 e 2018.1, pela amizade e troca de experiências. Levarei o carinho de vocês para vida.

Aos meus orientadores, Prof. Dr. Elias Marques de Medeiros Neto e Profa. Dra. Walkiria M. H. Ferrer, além de professores são amigos que acreditam no meu potencial e com os quais formo parcerias que levarei para vida.

Aos professores da UNIMAR, em especial, agradeço ao brilhante coordenador do programa, Dr. Jonathan Barros Vita; aos Drs. Mariana Santiago, Lourival José de Oliveira, pois cada um deles despertou em mim um olhar epistemológico diferente dentro de suas competências.

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

RESUMO: O presente trabalho objetiva delinear os contornos da dinamização do ônus da prova no âmbito do processo civil brasileiro. Para tanto, teceram-se considerações gerais sobre a prova, tais como seu conceito e ônus da prova, abordando-se as teorias existentes a respeito até chegar-se às teorias estática e dinâmica e à atual concepção adotada pelo CPC de 2015. O trabalho também buscou fazer uma reflexão acerca dos princípios constitucionais e processuais que tangenciam o processo civil, como forma de dimensionar sua importância tanto no que tange à harmonia processual quanto à cooperação entre as partes, pressupostos indispensáveis para que ocorra uma dinamização justa. Outrossim, a pesquisa também aborda o instituto da prova, como meio através do qual se as partes demonstram seu direito, tanto no âmbito da busca pela satisfação da pretensão quanto o direito de defesa. Através do estudo desse instituto, buscou-se a compreensão dos elementos que o circundam e das prováveis possibilidades de dinamização do ônus da prova nos termos do legais e de acordo com a situação presente nos autos. Desse ponto passa-se a apontá-la como uma das formas de promoção da efetividade processual e, por consequência, o alcance mais imediato do objetivo inicial do processo, pois, juntamente aos demais princípios que norteiam a atividade processual que devem ser observados pelas partes, busca-se de harmonia os atos praticados. Esta pesquisa desenvolveu-se por meio dos estudos feitos dentro da linha de pesquisa Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas ao longo do cumprimento dos créditos no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília. Foi utilizado método dedutivo, pesquisa bibliográfica, assentada em doutrina nacional e artigos científicos acerca do tema, bem como legislação nacional afeta. Pela relevância do tema no meio processual, principalmente na praxis diária, tanto no exercício da advocacia quanto em consultorias, a dinamização do ônus da prova que promova a celeridade processual necessita ser analisada e moldada, a fim de que seja benéfica a ambas as partes do processo.

Palavras-chave: Processo Civil. Prova. Dinamização. Ônus. Celeridade Processual.

DYNAMIZATION OF THE BURDEN OF PROOF

ABSTRACT: This paper aims to outline the dynamization of the burden of proof in the scope of the Brazilian civil process. To this end, general considerations on the proof were made, such as its concept and burden of proof, approaching the existing theories about it until reaching the static and dynamic theories and the current conception adopted by the 2015 CPC. It also sought to reflect on the constitutional and procedural principles that underlie the civil process, as a way to measure its importance both in terms of procedural harmony and cooperation between the parties, which are indispensable assumptions for a fair dynamization. Moreover, the research also addresses the institute of proof, as a means by which the parties demonstrate their right, both in the search for satisfaction of the claim and in the right of defense. Through the study of this institute, we sought to understand the elements that surround it and the probable possibilities of dynamization of the burden of proof in the legal terms and in accordance with the present situation in the files. From this point, it is pointed out as one of the ways of promoting procedural effectiveness and, consequently, the most immediate achievement of the initial objective of the process, because, together with the other principles that guide the procedural activity and that must be observed by the parties, the performed acts are in harmony. This research was developed through studies conducted within the research line of Economic Enterprises, Procedurality and Legal Relations along the fulfillment of credits in the Graduate Program in Law of the University of Marilia. The deductive method, bibliographic research, based on national doctrine and scientific articles on the subject were used, as well as the respective national legislation. Due to the relevance of the issue in the procedural environment, especially in daily practice, both in the practice of law and in consultancies, the dynamism of the burden of proof that promotes procedural speed needs to be analyzed and molded, in order to be beneficial to both parties of the process.

Keywords: Civil Process. Proof. Dynamization. Burden. Procedural Promptness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1	DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA PROVA	12
1.1	CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....	13
1.2	PRINCÍPIOS PROCESSUAIS.....	14
1.3	CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	15
1.4	DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	16
1.5	COOPERAÇÃO.....	17
1.6	EFICIÊNCIA.....	20
1.7	ACESSO À JUSTIÇA.....	22
1.8	PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.....	23
2	DO INSTITUTO DA PROVA	24
2.1	ASPECTOS ESSENCIAIS: CONCEITO, RELEVÂNCIA, FINALIDADE.....	26
2.2	VISÃO CONSTITUCIONAL.....	30
2.3	DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	32
2.4	LIBERDADE DOS MEIOS.....	35
2.5	PROVA ILÍCITA.....	35
2.6	PROVA EMPRESTADA.....	35
2.7	TIPICIDADE.....	37
2.8	ORALIDADE.....	38
3	PROVA: DIREITOS E DEVERES	39
3.1	PROVA COMO DIREITO.....	39
3.2	NATUREZA DO DIREITO À PROVA.....	41
3.3	DIREITO DAS PARTES À PROVA E O DEVER DE INFORMAÇÃO DO JUIZ.....	42
3.4	PROVA COMO DEVER E O DEVER DE PRODUZIR PROVA.....	43
4	ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	46
4.1	NATUREZA E ASPECTOS DO ÔNUS DA PROVA.....	48
4.2	SISTEMA LEGAL DO ÔNUS DA PROVA.....	52
4.3	LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA, REGRAS DE EXPERIÊNCIA E PRESUNÇÃO.....	53
4.4	CONTEÚDO DA SENTENÇA.....	56
5	TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC	58
5.1	ELEMENTOS CONCEITUAIS.....	60
5.1.1	Conceito de ônus da prova <i>versus</i> dinamização.....	63
5.1.2	Distribuição do ônus da prova: conceito, finalidade e forma.....	66
5.1.3	Negócio Jurídico.....	71
5.1.4	Dinamização <i>versus</i> inversão do ônus da prova.....	71

5.2	ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO	74
5.3	REQUISITOS DE APLICABILIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	74
5.3.1	Impossibilidade de produção da prova	76
5.3.2	Desigualdade econômico financeira e/ou técnica	82
5.3.3	Dever de informação e aplicação do ônus da prova	88
6	FUNDAMENTOS DA APLICABILIDADE DA DINAMIZAÇÃO	93
6.1	FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS	95
6.1.1	Inafastabilidade da jurisdição	97
6.1.2	Igualdade das partes	99
6.1.3	Direito à prova e devido processo legal	99
6.1.4	Visão cooperativa do processo e a produção da prova	100
6.2	APLICAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA	101
7	CONCLUSÃO	105
8	REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

Buscando adotar um modelo constitucional de processo, o atual CPC positiva a dinamização do ônus da prova, que permite ao magistrado a partilha do *onus probandi* para quem tem melhores condições de produzi-la, independentemente da posição processual que ocupe e da natureza do fato alegado em juízo.

Entendia-se que todo o contexto da produção da prova durante o processo era de responsabilidade daquele que o alegasse, de modo que a parte *ex adversa* estaria apartada dessa incumbência, ainda que tivesse a posse ou a possibilidade de produzir a prova. Essa dinâmica foi por muito tempo mantida como algo que, na verdade, não alcançava dinamização necessária para atingir a real intenção da prova: buscá-la e/ou produzi-la por quem tivesse a maior capacidade.

Desse modo, por meio das questões levantadas, cuja problemática residia exatamente no objetivo do processo, que traria benefícios a todos os envolvidos, resolveu-se despersonalizar a prova. Assim, o ônus, ou encargo, que estava seletivamente apontado para uma das partes, passou a ser dinamizado, ou seja, a prova será produzida por quem tiver maiores condições de produzi-la, o que significa dizer que a prova passou a ser do processo, e não da parte.

Interessante notar que, a priori, mesmo antes do advento do instituto da dinamização do ônus da prova, ela já se valia para o processo, e não para as partes, mas não era algo entendível dessa forma, embora assim o fosse. A produção da prova, portanto, por quem tem maiores condições de produzi-la, tem um outro grande fator benéfico ao processo.

Sendo notória a disparidade que sempre se observou quanto a obrigação da produção do conteúdo probatório por apenas uma das partes litigantes, conforme modelo adotado pelo anterior Código de Processo Civil de 1973, faz-se relevante o estudo da mencionada técnica processual que visa garantir a ampla efetivação de direitos fundamentais como o direito de acesso à justiça, direito à prova e à igualdade.

Neste sentido, objetiva a presente pesquisa delinear os contornos da dinamização do ônus da prova. Para tanto, tecer-se-ão considerações gerais sobre a prova, tais como seu conceito e ônus da prova, abordando-se as teorias existentes a respeito até chegar-se às teorias estática e dinâmica e à atual concepção adotada pelo CPC de 2015.

Pretende-se analisar de que modo a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova está sendo aplicada e qual sua efetividade no seio do processo civil brasileiro, assim como o diálogo que vem sendo tratado com outras fontes, a exemplo do processo do trabalho. À vista da proposta, os resultados parciais a serem alcançados darão suporte fático à doravante utilização da referida teoria, assim como o refinamento das formas de adaptá-la aos casos postos em juízo.

Apesar de serem entendimentos que vinham sendo cunhados na prática processual, a exemplo de outras teorias que foram refinadas no NCPC, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova já estava sendo largamente utilizada nas relações de consumo, guardadas as exceções e características próprias inerentes a cada uma das causas. Entretanto, experiências positivas puderam ser fonte de inspiração e encorajamento para aplicação dessa teoria dinâmica, pois importantes passos foram dados no sentido de dar mais efetividade ao processo.

Na condução dessa pesquisa, foram observados os seguintes momentos: inicialmente, analisou-se as definições acerca da prova no processo civil, a fim de contextualizá-la no ordenamento jurídico brasileiro. Feito isso, passou-se ao estudo do ônus da prova no contexto processual, a fim de verificar a incumbência de cada uma das partes na produção da prova. Em seguida, foram analisadas as principais teorias sobre o ônus da prova e posteriormente deu-se enfoque às teorias estática e dinâmica. A dinamização do ônus da prova no CPC/15 é o ponto alto da pesquisa e encerra-se com a análise da sua contribuição para efetividade processual.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA PROVA

A garantia da prova, no sistema processual brasileiro, decorre do ditame constitucional que prevê o acesso à justiça, mediante um processo justo, corolário do direito existente entre os fundamentais previstos pela Constituição. Não apenas ele, mas alguns outros, os quais serão delineados doravante nos demais tópicos aludem a um processo que seja equânime entre as partes e que dê possibilidade de alcançar resultados positivos no que diz respeito aos fins propostos.

A prova consiste em sua essência vislucrar mecanismos de convencimento do julgador, tornando sua decisão a respeito de determinado tema, algo provável, sob a uma justificativa racional baseado em elementos colhidos a fim de convencer o juiz. Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier:

Ocorre que o juiz, para manter sua imparcialidade para julgar, não pode ter conhecimento pessoal direto sobre os fatos. Se tiver não poderá julgar a ação, pois sua isenção estará comprometida (excessão aos fatos notórios, art. 374, e às máximas da experiência, art. 375, desde que submetidos ao contraditório, art. 10, do NCPC).¹

De qualquer forma, este tema tende a ganhar maior relevância em uma advocacia tendente ao modo estratégico de advogar, no sentido de prever quais serão as dificuldades a serem encontradas no decorrer da instrução dentro da temática prova. O presente estudo, visa dedicar-se a amplitude da liberdade probatória, respeitado o arcabouço principiológico do Código de Processo Civil de 2015, em relação a dinamização do onus da prova e suas consequências em um suposto processo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero², comentam de maneira salutar que “o direito fundamental à prova determina igualmente a possibilidade de utilização de provas atípicas no processo.”. Todo e qualquer meio de prova – previsto tipicamente na legislação ou não – é idôneo para prova das alegações de fato, desde que lícito e moralmente legítimo (art. 369). Trata-se de imposição do direito fundamental à prova

¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBERIO Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 708.

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 569.

para conformação do processo justo, de modo que sua admissibilidade concerne tanto ao processo civil como ao processo penal”.

É claro que se está diante de direitos fundamentais contrapostos, mas não é essa a característica que os afastará do devido processo legal. Desse modo, com a previsão expressa de que o acesso à justiça, de cuja inafastabilidade decorre, pressupõe também o necessário acesso à prova e à sua produção. É o que será melhor delineado no tópico a seguir.

1.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Não obstante ao fato de que a Constituição não preveja expressamente o direito à prova, salutar reconhecer que sua produção possui relevância no sistema processual, e que, para defesa e proposição da ação, é necessário, sistematicamente, que os direitos ali postos estejam assentados em provas. Dessa premissa, garante-se às partes, por meio da prova, o acesso à justiça e o exercício da inafastabilidade da jurisdição.

Cabe aqui mencionar, para fins didáticos, o que lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero^{3 4} a respeito da conformação dos princípios constitucionais e a legislação infraconstitucional:

[...] o Estado contemporâneo, caracterizado pela força normativa da Constituição, obviamente não dispensa a conformação de toda a legislação infra-constitucional à Constituição, especialmente aos princípios constitucionais, e sabe que isso apenas pode ser feito com o auxílio da jurisdição. Não há qualquer dúvida, hoje, de que toda norma constitucional, independentemente do seu conteúdo ou da forma da sua vazão, produz efeitos jurídicos imediatos e condiciona o “modo de ser” das demais normas do ordenamento jurídico.

3 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 58.

⁴ À guisa de complementação, colaciona-se nota trecho de autoria do mesmo autor: No Brasil, essa questão remete ao conhecido tema da eficácia, aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais, sobre o qual se destacam as obras de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais), Luís Roberto Barroso (O direito constitucional e a efetividade de suas normas) e Ingo Wolfgang Sarlet (A eficácia dos direitos fundamentais). Em língua portuguesa, não há como deixar de referir a obra de José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador.

Conforme leciona Theodoro Júnior⁵, “com efeito, não é, de fato, possível o exercício da ampla defesa sem o concurso do direito fundamental à prova [...]”, uma vez que, “dentro do processo justo, idealizado no âmbito da Constituição, o ato de provar constitui ‘projeção prática do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório’”.

Assim, a constitucionalização do direito à prova veio junto a uma carga processual constitucional, com o objetivo de dar maior efetividade e obrigatoriedade a um procedimento justo.

1.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Princípios são a essência da norma com um fim específico, entretanto não se apresentando em um conceito fechado do que se almeja. Segundo Humberto Ávila: “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários á realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”.⁶

Aqui cabe a manifestação de Bueno⁷, ao dizer que os princípios constitucionais processuais ocupam-se especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido o método de exercício da função jurisdicional. Aponta ainda o referido autor que “são eles que fornecem as diretrizes mínimas, embora fundamentais, de como deve se dar o próprio comportamento do Estado-juiz.”⁸, de modo que “[...] prescrevem, [...] o “modo de ser” (mais precisamente, de “dever-ser”) do processo na perspectiva constitucional.”⁹.

Os princípios tem como finalidade ensejar sua essência no ordenamento jurídico, assim, auxiliam os operadores do direito no sentido correto ao qual a norma deverá ser interpretada, sendo que, na ausência de tais princípios ensejaria a possibilidade de correntes interpretativas sem nenhum nexos com o espírito Constitucional e contradição com as demais normas infraconstitucionais.

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 860.

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78-79.

⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.¹⁰

É necessário que se diga que os princípios “[...] são como vigas do ordenamento jurídico, em torno das quais e sobre as quais são edificadas todas as normas legais [...] e talvez por isso “a dificuldade reside em se estabelecer, em termos absolutos, a necessidade ou não da prova para a formação do convencimento do magistrado”¹¹. Esses princípios são informadores da conduta dos sujeitos do processo, como também daqueles que eventualmente farão parte da relação processual, como terceiros interessados ou auxiliares da justiça.

1.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio do Contraditório e o princípio da ampla defesa tem expressa previsão no texto Constitucional Brasileiro vigente. Ofensa ao princípio do contraditório caracteriza cerceamento de defesa, causa de anulação do processo ou procedimento.¹²

Sob análise do aspecto do contraditório sob o enfoque da teoria das cargas dinâmicas do ônus da prova, objeto desse trabalho, é necessário considerar os aspectos subjetivo e procedimental do *onus probandi*. Assim é, segundo Theodoro Júnior¹³ “quando as partes ingressam em juízo, os encargos probatórios já estão estabelecidos pela lei e são conhecidos por elas. O comportamento necessário à defesa de cada litigante se acha predeterminado.”.

Por disposição constitucional estatuída no art. 5.º, LV, da CF, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o

¹⁰ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2016.

¹² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 248.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 842.

contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes. Consoante assevera Neves¹⁴:

O conceito tradicional de contraditório exige alguns apontamentos. A informação exigida pelo princípio é naturalmente associada à necessidade de a parte ter conhecimento do que está ocorrendo no processo para que possa se posicionar – positiva ou negativamente – a esse respeito. Fere o princípio do contraditório qualquer previsão legal que exija um comportamento da parte sem instrumentalizar formas para que tome conhecimento da situação processual.

Theodoro Júnior¹⁵ aduz ainda que “qualquer deliberação judicial que altere essa regulação não pode ser feita de surpresa e a destempo, sob pena de redundar em prejuízo para a garantia do contraditório e ampla defesa.”. O autor entende que a parte tem o direito de ser intimada quando houver qualquer inovação judicial no decorrer do processo, de modo que possa exercer a defesa de seus interesses da melhor forma. Assim¹⁶:

A aplicação da tese da redistribuição dinâmica dos encargos probatórios há de constar de decisão interlocutória, adequadamente fundamentada e pronunciada a tempo de estabelecer a seu respeito o indispensável contraditório e a ampla defesa. Do contrário, ter-se-ia a implantação de decisões surpresa e a adoção de caminhos que obstacularizariam a busca da verdade real em vez de facilitá-la.

É o que ocorreu com o advento do NCP, que acabou por incorporar a teoria do ônus dinâmico da prova. No entanto, o legislador decidiu por bem fazê-lo diante do maior cuidado possível, a fim de afastar decisões surpresa e garantir que seja exercido o contraditório de maneira ampla.

A ampla defesa, consoante aduz Bueno¹⁷, não tem como ser entendida como a “[...] garantia de todo e qualquer réu (nomenclatura mais utilizada para o processo civil) ter condições efetivas, isto é, concretas de se responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos.”. É dizer, de

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Juvivm, 2016. p. 313-314.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 842.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 40.

acordo com o mesmo autor, que a própria concepção de um direito fundamental à prova “pode e deve ser entendida como uma forma de bem realizar o comando constitucional aqui destacado, isto é, como meio de se exercer amplamente a defesa.”¹⁸.

Assim, em cumprimento ao dever de cooperação no processo, as partes devem cumprir e “[...] proceder com lealdade e com boa-fé, presentes em diversos artigos do Código de Processo Civil, prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa [...]”¹⁹.

Mostra-se possível, portanto, que possam haver excessos, ou seja, abusos de direito, cujas condutas podem violar a boa-fé e lealdade processual, situação que indicará quais são as sanções devidas. De acordo com Neves²⁰ “[...] ainda que por vezes não se mostre fácil no caso concreto, deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa de interesses.”.

1.4 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo como conjunto de procedimentos concatenados a proporcionar a igualdade de direitos entre as partes e alcançar o deslinde da avença, possui natureza decorrente do princípio constitucional do devido processo legal e ramificações em todos os ramos do direito processual.

Assim, dentro do que se concebe como sendo Estado Democrático de Direito, a concepção de sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro remeteu o legislador a ratificar que o processo não é regido somente por leis processuais em si, mas por todo um complexo de princípios que juntos formam as diretrizes de um devido processo legal.

O ordenamento jurídico processual em sua completude tem como base o “princípio da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como fundamento da Republica Federativa do Brasil (CF1, III)”, tal a sua importância e magnitude no

¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 40.

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Judivm, 2016. p. 314.

²⁰ Ibidem.

direito constitucional brasileiro.²¹ Tal princípio traz em intimo a necessidade de aplicação dos demais princípios existentes no processo civil.

No âmbito do processo civil, o princípio do devido processo legal é seu sustentáculo, uma vez que é dele a expressão oriunda da inglesa *due process of law*. Por ser também, de acordo com Nery Júnior²², a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, bastaria a norma constitucional haver adotado o “[...] princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.”. Finaliza constatando que o devido processo legal enquanto princípio constitucional fundamental do processo civil é o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécie²³.

Essa legalidade que é apontada possui bases extremamente concretas, havendo toda uma sistemática normativa iniciada na Constituição Federal de 1988, incluindo, desse modo, o acesso à Justiça e os mecanismos do devido processo legal (processo justo) entre os direitos fundamentais (direitos do homem)²⁴.

Muitos são os princípios consagrados na doutrina processual. Theodoro Júnior²⁵ aponta que “alguns decorrem da construção histórica da própria função jurisdicional, outros se acham transformados em normas do direito positivo, qualificadas como fundamentais ao processo.”. Veja-se que se trata de princípios universais informativos de todo o direito brasileiro, verdadeiras normas fundamentais do processo. Consoante assevera Bueno²⁶:

Se o princípio do ‘acesso à justiça’ representa, fundamentalmente, a ideia de que o Judiciário está aberto, desde o plano constitucional, a quaisquer situações de ‘ameaças ou lesões a direito’, o princípio do ‘devido processo legal’ volta-se, basicamente, a indicar as condições mínimas em que o desenvolvimento do processo, isto é, o método de atuação do Estado-juiz para lidar com a afirmação de uma situação de ameaça ou lesão a direito, deve se dar.

21 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 80.

22 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 106.

23 Ibidem, p. 106.

24 THEODORO JÚNIOR, op. Cit, p. 69.

25 THEODORO JÚNIOR, op. Cit. p. 69.

26 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

Pautada, portanto, no princípio constitucional do acesso à justiça, havia a necessidade de garantir que esse acesso fosse envolvido por outra garantia, que é a de que as partes não sofressem atropelos no curso da marcha processual. Foi necessário que essas balizas fossem especificamente colocadas também no intuito de proteger o homem do próprio homem, e não somente das ações abusivas do Estado.

Nessa relação, de acordo com Bueno²⁷ “trata-se de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a própria CF impõe à atuação do Estado [...]”, não esquecendo também que “[...] em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter dele como resposta.”. Conclui sabiamente Bueno²⁸ que “é um princípio, destarte, de conformação da atuação do Estado a um especial (e pré-concebido) modelo de agir.”²⁹.

Essas premissas não foram casualmente tratadas, elas compõem o que se pode dizer de todo arcabouço jurídico-processual dentro de um Estado Democrático de Direito, pois oferecem bases concretas de um sistema processual forte e seguro. Entretanto, consoante aponta Theodoro Júnior³⁰:

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX).

O mesmo autor citado ainda faz uma indicação do que se compreende, na atualidade, como sendo o devido processo legal: um processo justo. Por isso, aponta como paradigma a Constituição Italiana, da qual decorre o arcabouço legal que é encontrado no Brasil a respeito do processo justo. Aduz o autor que, a

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 80.

exemplo da Constituição italiana, “[...] a Carta brasileira foi emendada para explicitar que a garantia do devido processo legal (processo justo) deve assegurar ‘a razoável duração do processo’ e os meios que proporcionem ‘a celeridade de sua tramitação’ [...]”. Com esse viés, aponta ainda que “como justo, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal.”³¹.

Pelo que foi exposto neste tópico, de acordo com Bueno³², o princípio do devido processo legal “[...] é considerado por boa parte da doutrina como um “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento” de todos os valores ou concepções do que se entende como um processo justo e adequado, [...]”. É dizer, inclusive, que representa suficientemente todos os demais princípios indicados na Constituição federal, desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência, ocupando um papel relevante dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, consoante assevera Theodoro Júnior³³:

Faz-se, modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal.

O primeiro ordenamento que teria feito menção a esse princípio foi a Magna Carta de João Sem-Terra, do ano de 1215.³⁴ Ou seja, a existência e respeito a estes princípios são a base dos demais princípios e normas jurídicas processuais. Toda a dinâmica que envolve a produção da prova redonda no devido processo legal. É ele um princípio síntese, conforme aponta boa parte da doutrina. É através dele que é possível observar todo o corolário lógico do entorno processual e dos demais princípios.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 80.

³² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

³³ THEODORO JÚNIOR, op. cit.

³⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 248.

Nery Júnior³⁵ ensina que “o devido processo legal (processo justo) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais [...]”. Indica ainda que referido princípio ainda indica que deverá haver direito ao silêncio, de não produzir prova contra si mesmo, e de não se autoincriminar³⁶.

De acordo com Bueno³⁷, “cada meio de prova tem suas próprias peculiaridades em relação a cada um destes estágios ou fases lógicas e, por vezes, há sobreposição de dois ou mais deles.”, mas sempre preservando o devido processo legal, que sintetiza a necessidade das devidas manifestações das partes e a prática dos atos processuais.

Na mesma linha, Medeiros Neto³⁸ ensina que “o processualista moderno tem como preocupação constante a busca de um processo efetivo, com a garantia de uma adequada, tempestiva e oportuna aplicação da norma [...]”, de modo que, arremata o mesmo autor, atinge-se “[...] uma tutela jurisdicional econômica, eficiente e pautada pelos sérios ditames do devido processo legal.”.

Por estar subordinado aos princípios processuais constitucionais gerais, o princípio do devido processo legal curva-se ao princípio da dignidade humana em virtude sua importância face aos demais princípios. É dizer que, nas lições de Nery Júnior, “o respeito e proteção da dignidade humana como dever (jurídico) fundamental do Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*) constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares.”. Assevera ainda o mesmo autor, que “ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estatura constitucional. De qualquer sorte, a dignidade humana, como tal, é resistente à ponderação.”.

A seguir, será tratado o princípio da cooperação, que diz respeito à conduta das partes entre si e diante dos processos.

³⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 118.

³⁶ *Ibidem*, p. 119.

³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 108.

³⁸ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A efetividade do processo e a importância da arbitragem nos conflitos de energia. **Revista Argumentum**. Marília, v. 15, n. 01, p. 351-374, jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/109>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

1.5 COOPERAÇÃO

Importado do Direito Europeu, o princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil, implica que o processo seria o produto da atividade cooperativa entre todos aqueles que participam do processo. Assim, a prestação jurisdicional é interesse de todos. Certamente, “interessa às partes mais diretamente, entretanto diz respeito a todos os jurisdicionados na medida em que proporciona a pacificação social e gera um estado de confiança nas instituições do Estado [...]”³⁹.

Notadamente, o feito é um meio de interesse público na busca da justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, requerendo sempre um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação, também ativa, das partes, por meio da efetivação do caráter isonômico entre os sujeitos do processo. Sendo que, para alguns⁴⁰, trata-se de uma evolução do princípio do contraditório.

O fato é que, como bem lembra Cassio Scarpinella Bueno⁴¹, no direito pátrio houve a difusão da doutrina de Miguel Teixeira de Souza (professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) no sentido de tomar como base os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, os quais devem ser observados inclusive pelo magistrado.

Melhor explicados, por *esclarecimento* entenda-se a solicitação às partes de explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações; *consulta* implica na colheita, pelo juiz, de manifestação das partes preparatória de sua própria manifestação ou decisão; *prevenção* no sentido de as partes serem alertadas do uso inadequado do processo e a inviabilidade de julgamento de mérito; e, por fim, *auxílio* no que tange o incentivo às partes para superar as dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, faculdades, ônus ou deveres processuais.⁴²

De fato, sob a égide do atual Código de Processo Civil percebemos inúmeras aplicações concretas do princípio em estudo. Os tribunais já reconhecem expressamente a aplicação de tal princípio e apontam na jurisprudência, decisões que se utilizam da argumentação principiológica para se desenvolverem:

³⁹ WAMBIER, et al., p. 731.

⁴⁰ DONIZETTI, Elpidio. Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. Disponível em <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>> Acesso em 20 de março de 2018.

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva Educação, 2016. p.108.

⁴² Ibidem, p. 108.

CIVIL. PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXECUTIVIDADE. NÃO VERIFICADA. PRINCÍPIO 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)

Visto isso, é de se considerar que o princípio da cooperação, pautado na lealdade, boa-fé objetiva e contraditório, objetiva auxiliar o mister do julgador e de quaisquer das partes postulantes, fornecendo-lhes um melhor aparato judicial diante de uma nova realidade social. Afinal, sabendo-se que a busca processual sempre será a solução justa e eficaz da lide, o legislador do CPC 2015 manifestou-se de forma a propiciar eficazmente a justiça, sendo este um marco na história processual.

Segundo Cassio Scapinella Bueno, o “princípio da cooperação”, visa estabelecer um modelo de processo cooperativo, nitidamente inspirado no modelo constitucional, vocacionado à prestação efetiva da tutela jurisdicional, com ampla participação de todos os sujeitos processuais, do início ao fim da atividade jurisdicional.⁴³

Tal princípio advém do Direito português, conforme dispõe:

Art. 7º- 1, do CPC de Portugal, de 2013: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Sendo que Portugal é o primeiro país que positiva o princípio da cooperação em 1996.

⁴³ BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva Educação, 2016. p.107.

A opinião de Tereza Alvim, Conceição, Ribeiro e Mello⁴⁴ sobre o assunto permeia a ideia de que o princípio da cooperação é relativamente jovem no direito processual. Aduzem os autores que cooperar é agir de boa-fé. Embora nem todas as condutas de boa-fé sejam essencialmente cooperativas, o dever de cooperar existe no interesse de todos, pois todos pretendem que o processo seja solucionado em tempo razoável. Assim, a ideia de cooperação, às vezes, atinge não só às partes, mas à própria sociedade, que se faz presente, por meio dos *amicus curiae* ou mesmo grupos que participam das audiências públicas, que são marcadas quando a questão a ser decidida pelo Judiciário tem grande repercussão social.

Num universo menor, um bom exemplo de cooperação das partes em relação ao juiz é a possibilidade de que estas lhe indiquem que, ao decidir a lide, deve necessariamente afastar expressamente jurisprudência preexistente sobre o tema, em que eventualmente não pretenda basear sua decisão (art. 489,§1º).⁴⁵

Indagação importante se faz em torno de quem sejam os sujeitos do processo, o que, para Cassio Scarpinella Bueno, não se trata de envolvimento apenas entre as partes (autor e réu) e de seus procuradores, ai compreendidos também os membros da advocacia pública e da defensoria pública, mas também de terceiros intervenientes (em qualquer um das diversas modalidades de intervenção de terceiros), do próprio magistrado, de auxiliares da Justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público quando atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica.⁴⁶

Interessante mencionar ainda o posicionamento de Neves⁴⁷ acerca do princípio da cooperação:

Aspecto interessante é a indicação expressa de que a cooperação entre as partes é voltada para a obtenção de uma decisão de mérito justa, efetiva e proferida em tempo razoável. Positivamente, tem-se a consagração legal de que a decisão de mérito – decisão típica do processo – deve ser o objetivo das partes e do juízo. Negativamente, a inexplicável ausência de tal princípio para a atividade executiva, pois no cumprimento de sentença a execução ocorre depois da sentença de mérito, e no processo de execução não existe sentença

⁴⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBERIO Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 67.

⁴⁵ Ibidem. p. 67, 73 e 75.

⁴⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva Educação, 2016. p.108.

⁴⁷ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Judivm, 2016. p. 308.

de mérito, salvo em situações excepcionais de acolhimento de defesas incidentais de mérito.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório, e do respeito ao autorregramento da vontade do processo, juntos servem para o surgimento de um outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.⁴⁸ Assim podemos concluir que o princípio da cooperação visa modificar o processo em uma visão ampla de trabalho em grupo, ao qual todas as partes devem zelar pelo princípio da boa-fé processual conjuntamente com o princípio do contraditório.

1.6 EFICIÊNCIA

Dentre as garantias trazidas ao jurisdicionado pelo devido processo legal destaca-se a de um processo jurisdicional eficiente, que exige racionalização dos atos, efetivação das decisões, alcance das finalidades e redução de custos financeiros e temporais do processo.

Confirmando essa tendência, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, em seu artigo 8º, que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deverá resguardar e promover a eficiência. Afinal, “o processo, para ser *devido*, há de ser *eficiente*”⁴⁹, sendo o princípio da eficiência, aplicado ao processo, um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal, porque “é difícil conceber como devido um processo ineficiente”⁵⁰.

O princípio em análise resulta da incidência do artigo 37, *caput*, da CF/88 quando, numa tentativa de reestruturação global da máquina administrativa e visando atender os objetivos dos administrados de forma mais eficiente em concomitância com os demais princípios já elencados no mencionado dispositivo, eleva-se a Eficiência ao *status* de princípio constitucional.

Já como norma processual, o princípio encontra fundamento no devido processo legal, além de previsto, como acima mencionado, no artigo 8º do *novel*

⁴⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 1**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p.156

⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit.

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit.

codex, repercutindo sobre a atuação do Poder Judiciário na administração judiciária e na gestão de um determinado processo⁵¹.

Sobre a repercussão da eficiência na administração judiciária, assevere-se que se trata mais de um referencial de controle, seja dos atos discricionários, da razoável duração do processo ou da própria gestão pública, representando, portanto, um grande avanço institucional, em atenção à necessidade de um bom agir administrativo.

E no que concerne à gestão de um determinado processo, o princípio em análise dirige-se ao órgão do Poder Judiciário impondo a sua condução eficiente, pois aqui:

O órgão jurisdicional é, assim, visto como um administrador: administrador de um determinado processo. Para tanto, a lei atribua-lhe poderes de condução (gestão) do processo. Esses poderes deverão ser exercidos de modo a dar o máximo de eficiência ao processo. Trata-se de serviço jurisdicional como uma espécie de serviço público – submetido, pois, às normas gerais do serviço público. Para a compreensão do princípio do processo jurisdicional eficiente, é imprescindível, então, o diálogo entre a Ciência do Direito Processual e a Ciência do Direito Administrativo.⁵²

Isso implica que o princípio da eficiência serve de orientação para o exercício dos poderes de gestão do processo pelo órgão jurisdicional que deve objetivar o processo eficiente. A eficiência guarda íntima relação com o princípio da economia processual, podendo, inclusive, ser sintetizada como meta a ser alcançada por esse princípio, “[...] como o resultado de uma atuação que observou dois deveres: o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*) e o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*).”⁵³

Em suma, são aplicações do princípio da eficiência, no processo relacionado ao tema desta dissertação de mestrado, a permissão de o órgão jurisdicional estabelecer uma espécie de “conexão probatória” entre causas pendentes, de modo a unificar a atividade instrutória, como forma de redução de custos, mesmo que isso não implique a necessidade de julgamento simultâneo de todas elas. A partir desse

⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 127.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ ÁVILA, Humberto. **Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa**, p. 19.

princípio, pode-se chegar a essa conexão probatória com base no inciso II do § 2º do artigo 69 do CPC.⁵⁴

Vale ressaltar a importância e abrangência desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro. É dizer que suas diversas faces estão dispostas de modo que pode ser observado em todos os atos processuais e delineados no seio do direito público, mormente no direito administrativo, cujas premissas se alargam no tocante à sua importância para sociedade. É um norte que se apresenta como forma de organização, estruturação, disciplina dos atos jurídicos praticados.

No âmbito da administração pública, consoante ensina Di Pietro⁵⁵:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Existe, nesse ponto, um dever que rege todas as partes do processo: o dever se zelar pelo seu bom andamento. O magistrado, enquanto representante do poder público, tem o dever de cuidar para que os atos processuais estejam sempre munidos de legalidade, ao passo em que às partes cabe também o princípio da cooperação. Ademais, segundo Alexandrino e Paulo⁵⁶ “o objetivo do princípio da eficiência é assegurar que os serviços públicos sejam prestados com adequação às necessidades da sociedade que os custeia.”.

A eficiência, aliás, como asseveram os mesmos autores, integra o conceito legal de serviço público adequado, nos termos do art. 60 da Lei 8.987/1995. Assim, “Deve-se buscar que a prestação de serviços públicos (em sentido amplo) ocorra do modo mais simples, mais rápido e mais econômico, melhorando a relação custo/benefício da atividade da administração.”⁵⁷.

De mais a mais, sem menosprezo aos demais princípios, o da eficiência é um dos que revela maior peso no cenário jurídico-processual brasileiro. Veja-se que, embora o processo possa ser demorado, se as medidas que forem tomadas dentro

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 133.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 83.

⁵⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, Método, 2017. p. 256.

⁵⁷ Ibidem.

dele no seu curso até a prolação da sentença forem efetivas e tiverem resultados práticos, essa delonga acaba sendo amenizada.

1.7 ACESSO À JUSTIÇA

Ação é termo que possui mais de uma acepção na linguagem da Ciência do Direito Processual. Costuma ser utilizada para referir ao direito de ação, ao procedimento, à demanda e, enfim ao direito afirmado em juízo.⁵⁸ Sendo este o fato gerador do processo, define o objeto litigioso, fixando os limites da atividade jurisdicional – sobre o objeto litigioso.⁵⁹

O princípio do acesso à justiça é o mais óbvio obstáculo para um efetivo acesso à justiça. É o “custo do processo”. Não obstante, é possível entender ainda que “é evidente que o custo do processo constitui um grave empecilho para boa parte da população brasileira, pois todos conhecem as dificuldades financeiras que a assola.”⁶⁰.

Existem incontáveis obstáculos sociais para o acesso à jurisdição, que podem atingir as partes litigantes, “[...] mas também é inegável que o direito de acesso, quando relacionado à efetividade da proteção dos direitos, vincula-se mais nitidamente à posição do autor e, dessa maneira, ao direito de ação.”⁶¹. Entretanto, não basta conhecer o direito de ação, é preciso que se tenha em mente a possibilidade de que seu direito seja reconhecido, e que possa ser cumprido no caso concreto.

De acordo com os ensinamentos de Bueno, essa combinação de conhecer e cumprir, no sentido de satisfazer, “[...] é que justifica o precitado art. 4º do CPC de 2015 e, superiormente, a própria noção de acesso à Justiça prevista no inciso XXXV do art. 5º da CF.”⁶². Por esta razão é que o mesmo autor aponta que o acesso à justiça é o primeiro dos princípios do processo civil, aquele que é corolário lógico dos

⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil 1**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p.333

⁵⁹ Ibidem, p.334

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 237-238.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme, op. cit.

⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 35-36.

demais, e tem como sinônimos “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da jurisdição” ou “inafastabilidade do controle jurisdicional”⁶³.

Não por menos, o princípio do acesso à justiça é amplo e genérico, não se destina apenas aos fortes na relação processual, como também não se limita ao primeiro contato do demandante com o ingresso da ação em juízo. Ele poderá se manifestar por diversas vezes ao longo do processo, diante da prática de atos processuais e do requerimento de tutelas de urgência, por exemplo.

Nessas condições, diz-se que “o direito processual civil brasileiro está construído sobre dois pilares de sustentação: o direito de acesso ao Judiciário e a garantia da liberdade de demandar.”⁶⁴. Ambas as estão assentadas na liberdade, no direito constitucional de que a lesão ao direito seja apreciada pelo Judiciário, e que ao Estado cabe a garantia de prover condições para efetivação desses direitos.

No transcurso da evolução do pensamento doutrinário, surgiram as ondas de transformação no que diz respeito ao acesso à justiça. A primeira delas resignifica a conferência aos economicamente mais fracos a possibilidade de terem seus direitos tutelados pelo Poder Judiciário, e daí reafirma o acesso universal e amplo à justiça, não havendo distinções.

No contexto da segunda onda de transformação, de acordo com Medeiros Neto ⁶⁵, “[...] está na busca de proteção aos interesses difusos e coletivos, almejando-se tutelar os interesses da sociedade como um todo, e não só do direito individual de cada cidadão.”. Esse ponto é importante, pois inclui na seara do acesso a justiça os direitos coletivos, garantindo que o conjunto de direitos violados no seio da sociedade possam também ser tratados com a importância devida.

Na terceira onda, consoante Medeiros Neto⁶⁶:

[...] reside no desafio de o Estado e o Poder Judiciário atuarem efetivamente na resolução de conflitos que são apresentados; sendo missão do sistema jurídico não só entregar ao jurisdicionado uma formal resposta para o conflito através de uma decisão ou sentença,

⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 35-36.

⁶⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 99.

⁶⁵ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Penhora de percentual do faturamento de empresa devedora na execução por quantia certa contra devedor solvente: uma leitura com base no princípio da efetividade do processo**. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2014. p. 42.

⁶⁶ Ibidem.

mas também conferir a ele todas as ferramentas e vias processuais necessárias para a efetiva realização do direito.

Essa efetividade que está apresentada às partes, e principalmente ao magistrado na terceira onda de transformação do princípio do acesso a justiça, amplia as possibilidades das demandas atingirem seus fins sociais, ao passo em que amplia seu campo de atuação.

2 DO INSTITUTO DA PROVA

Notadamente entendida como todo meio legal usado no processo, capaz de demonstrar a verdade dos fatos alegados em juízo, a prova desempenha relevante papel no estudo da ciência processual. Nesta direção, Bentham⁶⁷ afirma que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão administrar as provas.” Todavia, as acepções em que o vocábulo pode ser utilizado merecem atenção.

De acordo com o magistério de Fredie Didier Júnior⁶⁸, são três os sentidos empregados para o termo em estudo: a) designação do ato de provar, ou atividade probatória, aqui entendida que àquele que alega um fato cabe fornecer os meios que demonstrem sua asserção; b) meio de prova, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se obter a prova; c) resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos visando o convencimento do magistrado. Acerca do assunto, e corroborando o autor ora citado, é a colocação de Mozart Andrade Vilela⁶⁹:

O vocábulo *prova* apresenta polissemia mesmo quando empregado fora do contexto jurídico, o que dificulta a sua conceituação. No âmbito jurídico, é utilizado comumente para designar ao menos três significados: meios de prova, instrução probatória e resultado obtido pela atividade probatória.

Ainda assim, quanto aos sentidos objetivo e subjetivo da prova, tem-se o primeiro quando referente aos meios com que a prova se desenvolve e o segundo como designação da convicção que as provas produzem no íntimo do julgador⁷⁰.

De modo geral, Cássio Scarpinella Bueno⁷¹ define a prova como tudo que puder influenciar, “[...] de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”.

⁶⁷ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América (EJEA), 1971. p. 10.

⁶⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 48.

⁶⁹ ANDRADE JÚNIOR, Mozart. Vilela. **O conceito de prova no processo civil**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Contemplar: Campo Grande, 2018. p. 26.

⁷⁰ Ibidem. p. 49.

⁷¹ BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

O que se pode verificar, até então, é que os autores citados possuem vários pontos de convergência na definição da prova. Já Marinoni e Mitidiero⁷², definem a prova como “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”.

Nas lições de Cintra, Grinover e Dinamarco⁷³:

Toda pretensão prende-se a algum fato, [...] em que fundamenta (*ex facto oritur jus*). Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor de demanda incumbe afirmar a ocorrência de fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as consequências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

O apanhado das definições permite que, na prática, possam ser utilizadas de forma complementar e sempre a bem do processo. As partes, nessa importante premissa, devem estar munidas do princípio da boa-fé, a fim de que haja a demonstração da verdade formal dos fatos discutidos no processo, mediante procedimentos determinados (meio legais), isto é, a evidenciação da exatidão e autenticidade (fidelidade) dos fatos que estão sob debate.

Cabe ainda destacar, de acordo com o magistério de Bueno⁷⁴, no que pertine aos princípios processuais relativos à prova:

Forte no “modelo constitucional do processo civil”, é comum a referência ao “princípio do livre convencimento motivado do juiz” ou “da persuasão racional do juiz”, ambos construídos a partir do dispositivo do art. 131. A liberdade do juiz ao apreciar as provas não pode significar que não haja o correlato dever de justificar as razões de seu convencimento.

É importante que se diga que, “quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou meios com que ela se desenvolvem, diz-se que se está falando de prova num sentido objetivo.”⁷⁵. Entretanto, “quando ele é utilizado para

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 352.

⁷³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 273.

⁷⁴ BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 261.

⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 49.

designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador [...] diz-se que se está usando aí o termo prova num *sentido subjetivo*”⁷⁶. Portanto, no sentido subjetivo, o juiz se dará a apreciar as provas e de que forma elas serão servíveis ao processo, influenciando-o a valorá-la.

Cassio Scarpinella Bueno⁷⁷ aponta ainda o que importa, na verdade, são as provas que se referem apenas e tão somente aos fatos que, direta ou indiretamente, “relacionam-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar. Objetivo da prova, portanto, são os fatos *relevantes* e os *pertinentes* para aquilo que deve ser enfrentado pelo juiz, seja no plano *processual* [...] ou no plano *material* [...]”. Ele aponta ainda, que a distinção ora apontada se faz necessária e importante em face da classificação das provas em diretas e indiretas, cujo critério em consideração seu objeto.

Algumas distinções, como a que separa prova de meios de prova, são importantes para a compreensão dos dois institutos. Ainda com Bueno⁷⁸, o autor define que a palavra prova, “não pode ser confundida com os *meios* de prova, que são instrumentos (as técnicas) que a lei processual civil reconhece como hábeis para que o magistrado tenha conhecimento do *objeto* da prova.”. Até aqui, viu-se que o magistrado é o destinatário da prova. Mas, muitas vezes, os próprios litigantes necessitam produzi-la para seu convencimento, É assim o entendimento de Vilela⁷⁹, ao afirmar que:

Por muito tempo, esteve presente entre os juristas a ideia de que a o destinatário da prova seria o órgão jurisdicional. Somente o juiz caberia a apreciação da prova, a fim de que pudesse decidir corretamente a causa. Há algum tempo, percebeu-se que também as partes podem utilizar a prova para formação (reformulação) da própria convicção. Nesse particular, [...], o direito autônomo da prova e a influência da prova na formação da convicção dos próprios interessados no litígio (ou mesmo em futura e eventual disputa).

Dessa forma, alinhando-se ao entendimento esposado, entende-se, ao término deste tópico, e como preparo para o início do seguinte, que para que seja

⁷⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Salvador**: Jus Podivm, 2018. p. 49.

⁷⁷ BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 245.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ ANDRADE JÚNIOR, Mozart. Vilela. **O conceito de prova no processo civil**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Contemplar: Campo Grande, 2018. p. 26.

possível a colocação processual do ônus da prova e sua posterior dinamização, consideradas as peculiaridades do caso concreto, é de fundamental importância que essa prova seja servível a todos no processo, partes e magistrado, uma vez que, a produção da prova pode servir para que a parte se muna da convicção necessária para presente ou futuro litígio.

2.1 ASPECTOS ESSENCIAIS: CONCEITO, RELEVÂNCIA, FINALIDADE

Fatos, em matéria processual, são os responsáveis por dar azo a pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pelo processo (*ex facto ius oritur*). Não por menos, autor e réu diante de suas atividades dentro do processo, pelo curso da ação deverão alegar fatos que possam ser provados e assim, manter consistente resistência ou inferência á pretensão que livrar-se ou socorrer-se.

Diante das provas levadas ao juiz, este “extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença.”⁸⁰. Desse modo, “enquanto o processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre bens, o processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, [...]”⁸¹. Assim, “[...] apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes.”⁸².

Câmara⁸³ aduz que prova “[...] é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa.”. Acerca do tema, pronuncia-se Neves⁸⁴:

Não se trata de tema pacífico na doutrina a conceituação de prova, dificuldade acentuada pela diversidade de sentidos que pode ter o termo “prova”. [...] E, mesmo dentro do campo do direito, encontra-se muita divergência no tratamento conceitual do tema, até porque são diversas as áreas afeitas à questão da “prova”. Costuma-se dizer,

⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 859.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 242.

⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Judivm, 2016. p. 983.

com inegável acerto, que o termo “prova” é plurissignificante, dentro e fora do mundo do direito em geral, e do processo em particular.

O traço importante a ser demonstrado em matéria processual é que a prova figura como uma ferramenta essencial que podem se valer ambas as partes. Dada a sua essencialidade, tem-se que a sua finalidade é ter o poder de provar e de ser valorada adequadamente pelo juiz, de modo que possa a parte demonstrar sua pretensão. É preciso que se diga, também, que as provas, ainda que cada uma seja apresentada sucessivamente pelas partes, são utilizadas para o deslinde do processo que se aproveite especificamente a um dos litigantes.

Dessa forma, pode uma das partes produzir um grande volume de provas e, no entanto, ter a demanda julgada improcedente contra si, não sendo a quantidade de provas a responsável pelo convencimento do juiz. Theodoro Júnior⁸⁵, explica que quando a parte, com as provas que apresenta, não é capaz de convencer o juiz “[...] prova não houve, em sentido jurídico; houve apenas apresentação de elementos com que se pretendia provar, sem, [...] atingir a verdadeira meta da prova – o convencimento do juiz.”. Ampliando o entendimento, Montenegro Filho⁸⁶ complementa a definição:

A prova de determinado fato envolve por vezes outras ciências que não a jurídica, que por essa razão passam a ser importantes para a realidade do direito. Por conta dessa afirmação é que se multiplicam os conceitos relativos à prova, uns a relacionando exclusivamente ao processo; outros a considerando fato externo, não necessariamente com repercussão processual. [...] Assim é que, quando nos referimos à prova, temos de compreender que com ela se pretende demonstrar a certeza aproximada – não absoluta – da veracidade do fato afirmado pela parte interessada na sua produção, interesse entendido no sentido de responsabilidade, geralmente atribuída ao autor.

Apesar da fragmentação doutrinária, a prova inevitavelmente serve para que seja demonstrada, no seio processual, de forma a garantir a procedência ou não dos pedidos, sem que ao final seja levado em consideração específica de qual parte se deu o ônus da veracidade do fato posto. Câmara⁸⁷ aponta que “é interessante notar

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 859.

⁸⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 401.

⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 242.

que o termo prova pode ser empregado em dois diferentes sentidos, um subjetivo e outro objetivo.”. De acordo com o mesmo autor, “[...] prova é, pois, em sentido objetivo, todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas.”⁸⁸. Entretanto, segundo o mesmo autor, “no ponto de vista subjetivo, a prova é o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma alegação.”⁸⁹.

A aplicação dos princípios constitucionais de acesso à justiça, do contraditório e do devido processo legal, paralelos ao princípio da efetividade, devem ser vetores para que o juiz possa partir para análise da tutela requerida. Necessário sopesar, no entanto, que referidos princípios não são convergentes por eventual insatisfação da parte contrária, ou mesmo na impossibilidade de desconstituir a prova do direito levada a juízo pelo autor da ação. Contudo, isso não significa que no decorrer do processo esse direito não possa ser desconstituído por meio, por exemplo, de prova testemunhal. Há, portanto, um direito fundamental à prova, que não pode ser desprezado, nem tampouco, restringido.

Diante disso, é perfeitamente possível que todos esses princípios coexistam sem que haja necessidade de sopesamento entre eles. Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁹⁰ (2016, p. 569), comentam de maneira salutar que “o direito fundamental à prova determina igualmente a possibilidade de utilização de provas atípicas no processo. Todo e qualquer meio de prova – previsto tipicamente na legislação ou não – é idôneo para prova das alegações de fato, desde que lícito e moralmente legítimo (art. 369). Trata-se de imposição do direito fundamental à prova para conformação do processo justo, de modo que sua admissibilidade concerne tanto ao processo civil como ao processo penal”.

Câmara⁹¹, em salutar lição, vai ainda além:

Pode-se afirmar que a prova é a alma do processo de conhecimento. É que só através das provas o juiz poderá reconstruir os fatos da causa e, com isso, produzir uma decisão que – construída através da participação em contraditório de todos os atores do processo – seja a correta para o caso deduzido. É através da atividade de produção e

⁸⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2016. p. 242.

⁸⁹ Ibidem. p. 243.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 242.

⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

valoração da prova, portanto, que o processo de conhecimento poderá adequadamente produzir os resultados que dele são esperados.

Adiante se verá que as modificações previstas no CPC de 2015 sobre o direito probatório, conforme assevera Bueno⁹², “[...] só terão plena aplicação às provas que tenham sido requeridas [...] ou determinadas de ofício [...] a partir da data de início de sua vigência.”. De acordo com o mesmo autor, “não faz diferença, portanto, que o processo tenha tido início antes da entrada em vigor do CPC de 2015 (art. 1.045), ou até, mesmo, que a fase instrutória já tenha ocorrido [...]”⁹³. O que vai fazer diferença, nesse caso, é a aplicação das normas processuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca das características da prova, Humberto Theodoro Júnior⁹⁴ aponta que é fundamental que ela tenha objeto, finalidade e destinatário, obtida por meios e métodos determinados. Desse modo, “a prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, relevantes para o julgamento da causa. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos.”⁹⁵.

Quanto ao destinatário, é o juiz aquele para quem se deve direcionar a prova, sem desprezar o fato de que há outras pessoas interessadas nela. Entretanto, é o juiz que deve ser convencido da veracidade dos fatos alegados e provados, “[...] pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio.”⁹⁶.

2.2 VISÃO CONSTITUCIONAL

Existe na doutrina uma forte tendência na defesa da natureza constitucional do direito à prova, que, embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, expressa o que o constituinte originário idealizou para o ordenamento jurídico. Essa tendência seria decorrência da moderna visão do princípio da

⁹² BUENO, CASSIO SCARPINELLA. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva Educação, 2016. p.309.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 861.

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Ibidem.

inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5.º, XXXV, da CF⁹⁷ (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”), o que atualmente se faz à luz do acesso à ordem jurídica justa.

Dentro dessa nova visão do princípio constitucional, de acordo com Neves⁹⁸ “[...] visivelmente preocupada com a qualidade da prestação jurisdicional, encontra-se o direito à prova, que garantirá o efetivo exercício do devido processo legal, em especial o respeito ao contraditório.”. Neves⁹⁹ aponta ainda que:

A garantia do devido processo legal e do contraditório, ambos garantidos de forma expressa por nossa Constituição Federal, alçam o direito à prova no processo civil ao patamar constitucional. Esse direito à prova, entretanto, apesar de alçado ao patamar constitucional, naturalmente não é absoluto, aliás, como qualquer outro direito, encontrando limitações tanto no plano constitucional como no infraconstitucional.

Theodoro Junior, sobre o assunto, aduz que “o acesso à justiça, mediante um processo justo, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição.”. Adiante, o mesmo autor aponta que, dentre os requisitos desse processo, “[...] figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio.”¹⁰⁰. Não se pode negar a previsão constitucional expressa ao direito probatório, cuja visão preza sempre pela igualdade entre as partes.

Não é a toda que Neves aduz que “a exclusão de uma prova no processo judicial sempre será prejudicial [...]”¹⁰¹, pois, segundo ele, “reconhece-se que a limitação à busca da verdade seja algo maléfico, mas que em diversas hipóteses pior seria a permissão no caso concreto de sua utilização.”¹⁰².

⁹⁷ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

⁹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Judivm, 2016. p. 990.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 860.

¹⁰¹ NEVES, Daniel Amorim Assunção, *op. cit.*

¹⁰² NEVES, Daniel Amorim Assunção, *op. cit.*

Sabe-se que nenhum direito é absoluto, e por esta razão, o direito à prova também não o é. Entretanto, Theodoro Júnior¹⁰³, afirma que:

Sem a garantia da prova, anula-se a garantia dos próprios direitos, já que “todo direito resulta de norma e fato”. Portanto, sendo a existência ou o modo de ser do fato (origem do direito controvertido) posto em dúvida, não há como se possa fazer valer o direito sem a produção de prova.

Assim, ainda que se reconheça a importância, obter a verdade não poderá ser considerada como o único objetivo a ser perseguido no processo. Neves, nesse ponto, ensina que “tal pensamento, além de indevidamente restringir-se a tão somente um dos diferentes escopos do processo, faria com que a busca da verdade fosse algo absoluto, sem limite, admitindo-se qualquer espécie de prova, [...]”¹⁰⁴.

A busca da verdade, ou da quase verdade, conforme aduz Neves¹⁰⁵, “[...] faz parte de uma série de escopos do processo, e com eles deverá conviver da melhor forma possível.”. Sabe-se, com isso, que não é sempre que a verdade está entre as grandes preocupações das partes, e pode ser que haja irregularidades ou vícios que contaminem o processo. A perseguida busca da verdade já legitima a decisão judicial, pautada em provas lícitas e suficientes para um julgamento justo.

2.3 LIBERDADE DOS MEIOS

Liberdade de meios probatórios visa buscar mecanismos para que se alcance a verdade real dos fatos. Entretanto existem limites que devem ser considerados, ou seja, nem todos os meios são ou vem a ser considerados lícitos. A priori devem ser admitidos todos os meios que visem fundar a convicção do juiz no sentido do pedido ou defesa, entretanto os sistemas impõem limites inerentes à segurança de outros subsistemas, ou seja, direito penal, direito civil, direito constitucional e outros.

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 861.

¹⁰⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Judivm, 2016. p. 990.

¹⁰⁵ Ibidem.

Neste sentido podemos notar, por exemplo, a necessidade de proteção das informações obtidas por meios do exercício profissional conforme estipula o artigo abaixo:

Art. 369. CPC - 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.¹⁰⁶

Isso implica dizer que os princípios que norteiam as relações processuais devem ser observados para que a liberdade de produção de provas possa ser exercido. Medeiros Neto¹⁰⁷ aponta que “o sistema probatório brasileiro adota a liberdade dos meios de prova, de tal sorte que todo e qualquer instrumento de prova pode ser admitido no processo [...]”. Desse modo se mostram os arts. 155 do Código de Processo Penal e 369 do Código de Processo Civil. Não obstante, “[...] o próprio art. 369 do Código de Processo Civil apresenta um grande limitador a essa liberdade probatória, o qual é justamente o da proibição ao uso da prova ilícita.”.

Os meios de prova, portanto, sofrem limitações legais, pois colidem com a proibição da utilização da prova ilícita, que inclusive será tratado adiante, em tópico específico neste trabalho.

Ao passo em que a mácula da ilicitude ou da ilegalidade pode ferir esse direito de produção probatória, nada mais que justo diante do dever de lealdade processual. Percebe-se, nesse ponto, que em todo o curso processual é necessário que as partes sejam diligentes na produção da prova, pois, de acordo com a máxima de que nenhum direito é absoluto, ao ferir direitos processuais, no conflito entre eles, pode haver a perda da finalidade dessa liberdade.

2.4 PROVA ILÍCITA

¹⁰⁶ BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹⁰⁷ MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Princípio da proibição da prova ilícita**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/161/edicao-1/principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

A redação do art. 369 do CPC, em linhas gerais, prevê que ¹⁰⁸as 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. Conforme estipulado no respectivo artigo, nota-se que podem ser empregados todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ou seja, de forma ampla e genérica tais meios devem estar alinhados com todo o ordenamento.

Urge mencionar que a amplitude do direito à produção de prova encontra ressalvas exatamente quando o texto constitucional do art. 5º, LVI proíbe o uso da prova ilícita, que, consoante Medeiros Neto, respeita o próprio devido processo legal e em nome da adequada efetividade do processo. Há, na mesma esteira, a indagação de que essa proibição seja relativizada no processo civil, sob o escopo da:

[...] proteção de valores que se mostram mais importantes em um caso concreto, bem como em nome da busca da verdade por parte do magistrado; sendo certo que o processo que se aproxima de uma solução baseada na verdade dos fatos está em conformidade com a ordem pública e com o fim institucional do Poder Judiciário, que é o de tutelar de forma eficaz os direitos sub judice.¹⁰⁹

Importante salientar que o conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que contraria qualquer norma de ordenamento jurídico. Assim, são exemplos de provas ilícitas a confissão obtida sob tortura, o depoimento de testemunha sob coação moral, a interceptação telefônica clandestina, a obtenção de prova documental mediante furto, a obtenção de prova mediante invasão de domicílio, a prova obtida pela quebra do dever de sigilo imposto ao mediador (art. 3º, §2º, Lei n. 13.140/2015) etc.

São também exemplo de prova ilícitas aquela colhida sem observação da participação em contraditório, o documento material ou ideologicamente falso, ou qualquer outra prova que se mostre em desconformidade com o ordenamento

¹⁰⁸ MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Princípio da proibição da prova ilícita**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/161/edicao-1/principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

¹⁰⁹ Ibidem.

jurídico, pouco importando a natureza jurídica da norma violada.” 110. Marinoni e Mitidiero definem meios moralmente legítimos “são meios que, embora não expressamente previstos na lei, estão de acordo com o direito.” 111

A pretensa prova ainda deve vir calcada dos atributos que compõem as provas em geral, de modo que o exercício do direito fundamental à prova no processo não pode lastrear-se em questão tormentosa ao ordenamento jurídico, ou mesmo proibida, como as provas ilegais ou ilícitas. A respeito da admissão da prova lícita, comentam Marinoni, Arenhart e Mitidiero¹¹²:

O direito à prova assegura a produção de prova admissível. Note-se que a Constituição, ao vedar a admissão de prova ilícita (art. 5.º, LVI), a contrário sensu autoriza a admissão de toda e qualquer prova lícita. O problema está, portanto, em individualizar quais são os requisitos que determinam a admissão da prova. Uma prova é admissível quando a alegação de fato é controversa, pertinente e relevante. A alegação é controversa quando pendem nos autos duas ou mais versões a seu respeito. É pertinente quando diz respeito ao mérito da causa. E é relevante quando o seu esclarecimento é capaz de levar à verdade. Reunindo a alegação de fato todas essas qualidades objetivas, o juiz tem o dever de admitir a produção da prova.

Cássio Scarpinella Bueno¹¹³, por sua vez, demonstra de que modo a prova (lícita) se mostra evidente a ponto de motivar a decisão concessiva da tutela:

A evidência que nomina a técnica não merece ser interpretada literalmente mas, de forma mais genérica, no sentido de que o requerente da medida tem direito mais provável que o do seu adversário assim entendidas as afirmações de direito e de fato que, por portarem maior juridicidade, recomendarem proteção jurisdicional. Em suma, a expressão merece ser compreendida no sentido de que, à luz dos elementos apresentados, tudo indica que o requerente da medida é o merecedor da tutela jurisdicional.

Esses elementos a que se refere Bueno são as provas documentais levadas ao processo. A relação entre verdade e certeza engendradas na busca do

¹¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 111.

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 319.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 568.

¹¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 236

convencimento do magistrado, conquanto se torne evidente, pode não ser, necessariamente verdadeira. Pode-se, portanto, haver verdade na evidência e verdade da prova, simultaneamente. O ponto alto, no entanto, é a possibilidade ou não de constrangimento da evidência, pois, conforme analisa Souza¹¹⁴ “existem, pelo menos, mecanismos expressamente destinados a essa função.”.

Medeiros Neto¹¹⁵ aponta, acerca da relativização da prova ilícita no processo civil:

A questão ora apresentada se mostra mais intrigante ao se notar que os debates acadêmicos e jurisprudenciais que visam relativizar a proibição da prova ilícita, com base no princípio da proporcionalidade, ocorrem mais frequentemente no campo do processo penal, no qual geralmente os valores a serem tutelados podem gerar colisão de princípios e garantias constitucionais, a ponto de se permitir excepcionalmente uma prova ilícita para garantir, por exemplo, a inocência de um acusado; e (ii) apesar dos debates se centrarem com mais frequência no universo penal, não existe nenhuma linha tendendo à relativização da proibição da prova ilícita no art. 157 do Código de Processo Penal, e isso porque, provavelmente, o legislador preocupou-se em não transferir para o magistrado o poder legal, fundado em uma cláusula geral baseada no princípio da proporcionalidade, de afastar o importante mandamento constitucional do inciso LVI do art. 5º da Magna Carta.

Cada um à sua maneira, a prova, a convicção, ou o próprio processo destinam-se a assegurar o estabelecimento de limites frente à pulsão devoradora da evidência.”¹¹⁶. E pontua “o problema que se coloca é, porém, o da efetividade do respectivo desempenho. Ora, trata-se de uma missão de algum modo condenada ao fracasso – não apenas nenhum daqueles operadores alcança níveis de total satisfação regulatória, como se verifica ‘contaminação’ pelo registro da evidência.”

¹¹⁷.

¹¹⁴ SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Almedina, 2017. p. 74.

¹¹⁵ MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Princípio da proibição da prova ilícita**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/161/edicao-1/principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

¹¹⁶ SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. São Paulo: Almedina, 2017. p. 74.

¹¹⁷ Ibidem.

2.5 PROVA EMPRESTADA

Cuida-se a possibilidade de utilização da prova um meio através do qual é possível utilizar a mesma prova em um ou mais processos, que, em determinados casos, poderá fundar-se em respeito ao princípio da economia processual. Assim, é possível aplicar no processo prova já produzida desde que ela responda positivamente aos anseios das partes, a fim de que não seja necessário produzi-la novamente.

Nas lições de Câmara¹¹⁸, prova emprestada é aquela “[...] a que, produzida para gerar efeitos em um processo, é levada para outro processo, distinto, onde também será recebida como meio destinado a influir na formação do convencimento do juiz.”. A admissibilidade desse tipo de prova, consoante o mesmo autor, está prevista no art. 372, por força do qual “[o] juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”¹¹⁹.

Como não poderia deixar de ser, a exigência fundamental para admissibilidade da prova emprestada, de acordo com Câmara¹²⁰, “[...] é a observância do princípio do contraditório, nota essencial do processo e elemento integrante do modelo constitucional de processo civil.”. Desse modo, é possível entender que o contraditório é o limite da utilização da prova emprestada, uma vez que deverá haver a oitiva da parte *ex adversa* para que se manifeste acerca dela. Desse modo, admite-se que esse limite deve ser analisado no caso concreto, pois pode ocorrer da parte que não participou da produção da prova queira valer-se dela contra a parte que a produziu. Neves¹²¹ aduz que esse contraditório “[...] é justamente a conjugação da informação + possibilidade de reação + poder de influência, e caso a parte abra mão dessa reação nada haverá de irregular ou viciado.”.

Bueno¹²², sobre a admissão da prova emprestada, pontua:

¹¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 256.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem

¹²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. São Paulo: JusPODIVM, 2016. p. 1246.

¹²² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. . 311.

A “importação da prova” produzida em outro processo é admitida desde que seja respeitado o contraditório não só na origem, onde colhida, mas também no processo em que ela será utilizada. Também neste caso – e nem poderia ser diferente – incide o princípio do convencimento motivado do juiz (art. 371), cabendo a ele avaliar a prova emprestada independentemente da análise ocorrida no processo em que produzida. Não há, com efeito, nenhuma espécie de vinculação no caso.

Nesse ponto, Câmara¹²³ diz que é perfeitamente possível, observado o contraditório, trazer para um processo [...] qualquer outra prova que em um processo tenha sido produzida e que se revele útil para a resolução do mérito do processo para o qual ela é trazida ‘por empréstimo’.”. Isso se justifica pelo fato de que às partes é dada a oportunidade não somente de se manifestar, mas também do direito de participar da produção da prova.

Com efeito, a prova emprestada só poderá ser admitida contra a parte que tiver participado do processo em que ela tenha sido originalmente produzida, sob pena de, sendo aceita, curve-se diante da nulidade.

2.7 TIPICIDADE

Já em relação a provas atípicas, são provas que não tem qualquer previsão legal, ou seja, conferindo ao seu operador menor segurança em sua utilização e menor previsibilidade em relação a sua aceitação e utilização com o fim de interferir no convencimento do respectivo juízo.

Sob o magistério de Lopes¹²⁴ (2007, p. 292):

A especial atenção dedicada pela doutrina às provas atípicas justifica-se à luz da moderna concepção do princípio do contraditório, que não se exaure no binômio informação-reação, mas inclui o direito à prova, assim entendido: a) o direito de indicar os meios pertinentes para demonstrar a existência dos fatos alegados; b) o direito de produzir efetivamente as provas pertinentes e adequadas ao caso; c) o direito de demonstrar que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas; d) o direito à valoração da prova segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema.

¹²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 257.

¹²⁴ LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 05, n. 05, p. 389-402, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

O art. 369 do CPC dispõe que “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.”¹²⁵. Ou seja, autorizado em nosso ordenamento provas que não estão previamente estipulados no Código de Processo Civil de 2015.

2.8 ORALIDADE

A oralidade é um atributo diretivo à produção da prova cujo princípio prevalece quando a produção da prova for direcionada ao magistrado, que poderá manter contato mais direto com os fatos deduzidos. Essa aproximação proporciona ao juiz o benefício de avaliação concreta da prova por meio das partes, testemunhas, peritos e assistentes técnicos, muitas vezes, em colheita de depoimentos cujo deslinde se dá em descrição da função de cada um dentro do procedimento.

Essa conversa, por assim dizer, orquestrada pelo magistrado, oportuniza ao inquirido, às vezes tensa pela situação, desenvolver melhor seu raciocínio e contribuir mais eficazmente para o processo.

Nesse aspecto, o papel do juiz é salutar, uma vez que é ele o primeiro a dirigir-se ao inquirido, e, por isso, tem a oportunidade de “[...] permitir a produção da prova e depois valorá-la, leva em consideração não apenas o resultado objetivo da prova, ou seja, aquilo que ficou registrado no processo de forma escrita.”¹²⁶. Essa forma escrita pode vir caracterizada por laudo pericial, ou inspeção, ou mesmo, na forma mais usual, nas atas das audiências, com a reprodução de depoimentos prestados.

Essa materialização escrita, apondo no processo as declarações orais dos inquiridos, corporifica os instrumentos de valoração da prova, de modo a fazer sua confluência. Montenegro Filho¹²⁷ aduz ainda que:

¹²⁵ BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹²⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 413.

¹²⁷ Ibidem.

O princípio da oralidade está assentado no art. 2.º da Lei n.º 9.099/95, aplicável ao procedimento sumaríssimo, vale dizer, às ações que tramitam pelos Juizados Especiais Cíveis. Dirige-se ao processo como um todo, o que significa dizer que a oralidade é estimulada do início ao término da relação processual. Por essa razão, admite-se a formulação do pedido de forma oral (art. 14), a apresentação da resposta oral (art. 30) etc.

Entretanto, embora se tenha apontado o juiz como aquele que valora a prova, a intenção não é a de que seja ele o único a figurar como destinatário do processo, o que seria um erro grave. Assim, consoante as lições de Câmara¹²⁸ “[...] , por ser preciso ter claro que o juiz não é o único destinatário da prova.”. A partir daí, complementa o mesmo autor, “[...] por ser necessário compreender-se, com exatidão, o que se quer afirmar com ser a prova destinada ao juiz. Na verdade, a prova tem por destinatários todos os sujeitos do processo.”¹²⁹.

Portanto, embora se reconheça na oralidade a sua importância, deve-se atentar que ela também está atrelada a outros princípios, que igualmente regem o sistema processual como um todo. Ouvir as partes e demais atores do processo é importante desde que sejam observadas todas as outras regras inerentes. A oportunidade deve ser valorada, na medida em que será útil ao processo, às próprias partes, portanto.

¹²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 245.

¹²⁹ Ibidem.

3 PROVA: DIREITOS E DEVERES

Nesse capítulo, a prova como direito e dever, remonta à observância dos princípios constitucionais processuais fundamentais, tanto da dignidade humana quanto da cooperação. O dever de lealdade processual se materializa e constitui a capacidade das partes de buscarem sempre uma maneira menos onerosa e mais justa para atingir o fim social buscado no processo.

O NCPC teve como objetivo principal a busca pela efetividade processual, que traz consigo outros tantos princípios ligados ao bom andamento do processo, com o da eficiência, da legalidade e da celeridade.

Não se espera que as partes sejam submissas umas às outras, mas que as regras procedimentais sejam respeitadas e cada uma cumpra com seu dever dentro e fora do processo. As relações jurídicas envolvidas são determinantes para que se possa ter uma relação processual saudável.

3.1 PROVA COMO DIREITO

Antes de adentrar no estudo do direito como prova especificamente, é importante mencionar que com as modificações trazidas pelo CPC/15 acerca do assunto, algumas delas são importantes em relação à questão temporal, como as provas que tenham sido requeridas pelas partes e por eventuais intervenientes ou determinadas de ofício.

Anota Bueno¹³⁰ que “não importa que o processo tenha tido início antes da entrada em vigor do CPC de 2015 (art. 1.045), [...]”, o que importa, segundo ele, “[...] para a aplicação das regras de direito probatório do CPC de 2015 é que a atividade probatória tenha início sob sua égide.”.

Essas questões merecem atenção, de plano, em virtude das muitas dúvidas que surgiram no meio jurídico em relação ao momento em que as normas do novo CPC deveriam ser aplicadas. Portanto, no deslinde de tal dúvida, consigna-se aqui que as modificações trazidas pelo atual Códex só serão aplicáveis aos

¹³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 310.

procedimentos probatórios requeridos durante sua vigência. Consoante aduz Montenegro Filho¹³¹:

Não há uma obrigação legal de produzi-la; mas quando a lei atribui a uma das partes a responsabilidade pela produção (assim agindo em relação à parte que tem interesse na produção da prova), não sendo assumida a responsabilidade, a parte suporta consequências danosas, por vezes irremediáveis, considerando que a fase de instrução probatória é, sem qualquer dúvida, a mais importante do processo.

Assim, embora seja uma oportunidade positiva de constituir seu direito através da prova, a parte não é obrigada a fazê-la, a não ser que a lei indique que a parte deve fazê-la. Contudo, existe a possibilidade de que essa inércia traga prejuízos à parte, pois “o fato de a prova não ter sido produzida – quando deveria tê-lo – possivelmente resulta na improcedência da ação (quando a responsabilidade era do autor) [...]”¹³², ou ainda, de acordo com o mesmo autor, “[...] no acolhimento dos pedidos formulados na petição inicial (quando a responsabilidade era do réu). A produção da prova refere-se, assim, ao interesse na sua colheita.”¹³³.

O Código de Processo Civil de 2015, portanto, previu no seu art. 369 a prerrogativa das partes poderem exercer o direito de utilizar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, previstos ou não, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.¹³⁴.

Acerca do tema ainda é necessário anotar que as partes, face à incidência igualitária do princípio da isonomia processual, “[...] podem produzir as provas que entendam necessárias para confirmar a veracidade dos fatos afirmados em juízo. Essa prerrogativa representa direito – processual e constitucional.”¹³⁵. Assim, tendo a prerrogativa, a oportunidade e entendendo serem necessárias, ambas podem exercer o direito à prova, não podendo furtar-se somente quando a lei exigir que o façam, repise-se.

¹³¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 416.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2019.

¹³⁵ MONTENEGRO FILHO, op. cit.

3.2 NATUREZA DO DIREITO À PROVA

Com espeque nas lições de Bueno¹³⁶, Theodoro Júnior¹³⁷, Câmara¹³⁸ e Montenegro Filho¹³⁹, apoia-se a afirmação de que a natureza do direito à prova é assentada na Constituição Federal de 1988, que a elevou à categoria de princípio, à luz do que preceitua o art. 5º, LVI¹⁴⁰. Referido inciso, dentro do que também se compreende seja um direito fundamental, resguarda-se e difunde-se a todos os brasileiros, cujo corolário lógico decorre do princípio da isonomia processual. Portanto, respeita às demais normas de direito processual existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, Theodoro Júnior aponta que:

Ainda que a Constituição não lhe faça referência expressa, o direito à prova ocupa, reconhecidamente, posição de extrema relevância no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa careceriam de conteúdo substancial; afinal impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à ordem jurídica justa, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto.

No plano infraconstitucional, o art. 369, devota-se às disposições gerais, o que, consoante Bueno¹⁴¹ “[...] sobre as provas, consagra, no plano infraconstitucional, o princípio da atipicidade da prova, de estatura constitucional (art. 5º, LVI, da CF) [...]”. A redação constitucional prevê que:

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.¹⁴²

¹³⁶ BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

¹³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016.

¹³⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 416.

¹⁴⁰ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jun. 2019.

¹⁴¹ BUENO, op. cit.

¹⁴² BRASIL, op. cit.

Pela premissa de que não existem direitos absolutos, ainda que haja a possibilidade de produção de provas, vê-se que existem limites, ditados pelo próprio dispositivo de anuência. Bueno¹⁴³ adverte que “os meios “moralmente legítimos” referidos também remontam ao precitado dispositivo constitucional, que veda o uso de provas ilícitas ou obtidas de modo ilícito.”. Essa ilicitude, apontada no texto constitucional, de acordo com as lições de Montenegro Filho¹⁴⁴, “[...] refere-se à forma como a prova foi produzida, sendo exemplos a escuta telefônica não autorizada, a colocação de grampos na residência da parte, [...]”.

Produzir prova, além do exercício do direito de provar os fatos alegados, possui uma carga de boa-fé e lealdade processual, de início apenas, sem desprezar os demais princípios que o norteiam. Desse modo, meios tidos no binômio aberto “moralmente aceitos”, devem ser interpretados conforma a boa-fé e os bons costumes, analisando-se o caso concreto o fato que se deseja provar e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3.3 DIREITO DAS PARTES À PROVA E O DEVER DE INFORMAÇÃO DO JUIZ

O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório, e dessa maneira, está ligado intimamente aos mecanismos de defesa disponíveis no ordenamento jurídico processual. Com salutar propriedade, Andrade Júnior¹⁴⁵ afirma que “[...] no processo está o lugar salutar das provas.”. Assim, não há outro ambiente em que o exercício desse direito seja mais pautado, aceito e exercido que dentro do processo. Por consequência, o direito à prova é um direito fundamental.

Seu conteúdo se mostra complexo. Para que seja possível identifica-lo, Didier Jr, Braga e Oliveira¹⁴⁶, apontam as situações jurídicas que devem estar presentes:

¹⁴³ BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 310.

¹⁴⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 406-407.

¹⁴⁵ ANDRADE JÚNIOR, Mozart. Vilela. **O conceito de prova no processo civil**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Contemplar: Campo Grande, 2019. p. 25.

¹⁴⁶ DIDIER JÚNIOR, Freddie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 51.

[...] a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção de prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida. (grifos dos autores).

Veja-se que o direito à prova e a oportunidade de informação do juiz estão intimamente relacionados. Pelo princípio da cooperação, as partes precisam manter constante diálogo em relação ao que seja mais produtivo ao processo, cada qual de acordo com as suas funções e objetivos. Desse modo, ainda que elas exerçam seus deveres dentro do processo, “[...] se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, não cabe ao juiz a culpa de não ter feito a justiça pura [...]”¹⁴⁷. Nesse ponto anota-se o objetivo das partes e do próprio Estado, pois é apenas às partes, que deixam de produzir as provas quando oportunizadas, que recairá o prejuízo de não fazê-lo.

Necessário repisar o fato de que o direito à prova não é absoluto, assim como não existem direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro. Por esta razão, pode sofrer limitações de ordem legal e circunstancial, cuja ponderação entre o conflito de princípios na lide deve ser sopesado para que a relação não se torne injusta.

3.4 PROVA COMO DEVER E O DEVER DE PRODUZIR PROVA

Quem alega, no processo civil, tem o dever de provar. Essa é uma afirmação simples e auto-explicável, no tocante ao dever de produzir prova. Não obstante, consoante já restou consignado nas linhas acima, as partes devem atentar-se aos regramentos para que não saiam prejudicadas, uma vez que existem os momentos processuais adequados para que essas provas sejam produzidas.

Sobre o assunto, Bueno¹⁴⁸ assevera que “no ambiente do direito probatório, aquele dever-poder, máxime quando combinado com o precitado art. 370, [...] merece ser compreendido como verdadeiro princípio [...]”. Isso porque deve ser consagrado o princípio segundo o qual se persegue a máxima eficiência dos meios

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 864.

¹⁴⁸ BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 320.

probatórios, a fim de “autorizar a adoção de técnicas típicas e também atípicas ‘na exata medida de sua necessidade para alcance do esclarecimento do fato probando’”¹⁴⁹.

Aliados a isso, existem ainda dois princípios regentes do direito probatório, previstos no CPC de 2015: do convencimento motivado do juiz e do aquisição da prova. Por meio do alinhamento do art. 371, que traz a previsão da livre apreciação da prova pelo juiz, coaduna o entendimento do art. 370 quando prevê que caber ao próprio magistrado, sem prejuízo da iniciativa das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Cabe mencionar que o juiz tem o dever de motivar essa decisão, em obediência ao disposto no art. 93, IX, da CF, que prevê que todas as decisões proferidas em processo judicial ou administrativo devem ser motivadas. Desse modo, é “[...] obrigatória aos julgadores a tarefa de exteriorização das razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas na decisão.”¹⁵⁰.

Esse fato está diretamente ligado ao ônus da prova, tópico que será tratado a seguir. Antes de analisar o assunto sob essa nomenclatura, se faz necessário apontar que o ônus diligencia no sentido de auxiliar as partes na busca do que se denomina (ainda que com certa impropriedade) de busca da verdade real. Veja-se que essa premissa é mais próxima de buscar um resultado útil ao processo dentro dos termos legais e evitar abusos, excessos e ilegalidades dentro da seara processual.

O Novel CPC trouxe, no seu art. 378, correspondente ao art. 339 do antigo CPC, a previsão de que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”¹⁵¹. Cesa¹⁵² aponta que:

¹⁴⁹ BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 320.

¹⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. São Paulo: JusPODIVM, 2016. p. 276.

¹⁵¹ BRASIL. Lei 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

¹⁵² CESA, Pedro Sanches. **O dever de produzir provas no código de processo civil de 2015 e suas possíveis limitações**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2016. p. 26. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158827/001022329.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

Depreende-se que o mencionado artigo 378 atribui expressamente às partes e a todos aqueles que participam do processo o dever de colaboração em matéria probatória. Outros dispositivos do CPC de 2015 também atribuem deveres de colaboração aos sujeitos do processo. O artigo 77 elenca diversos deveres às partes, tais como o de expor os fatos conforme a verdade; não formular pretensão ou apresentar defesa destituídas de fundamento; não produzir provas ou praticar atos inúteis à declaração ou à defesa de direito; cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais e não criar embaraços à sua efetivação, dentre outros relacionados a veracidade e sinceridade na condução do processo.

Consoante lições e Wambier et al¹⁵³, “pelo dever de colaboração, todos aqueles que puderem trazer informações ou documentos que possam auxiliar o convencimento do magistrado tem a obrigação de fazê-lo.”. Os autores¹⁵⁴ asseveram ainda que a obrigação cívica de colaborar para a elucidação dos fatos se reflete em diversos dispositivos do NCPD e inclusive da Constituição Federal.

De ver-se que a produção de provas é uma via de mão dupla. Embora seja uma feliz prerrogativa, que pode ser exercida com certa liberdade pelas partes, os parâmetros de produção devem respeitar aos demais princípios e principalmente o dever de respeito e cooperação entre as partes, todos esses pautados precipuamente pela boa-fé. Por esta razão, o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade conecta qualquer pessoa que participe do processo, ainda que indireta e eventualmente, de modo que se estabeleça uma relação harmoniosa, à luz dos citados artigos.

Como qualquer outro direito, o de produzir prova também pressupõe um dever. Assim, nas lições de Cesa¹⁵⁵ “a Constituição Federal também garante outros direitos fundamentais, de forma que se faz necessário, em determinados casos, relativizar a aplicação do princípio do direito fundamental à prova[...]”, assim como

¹⁵³ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBERIO Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 371.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ CESA, Pedro Sanches. **O dever de produzir provas no código de processo civil de 2015 e suas possíveis limitações**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2016. p. 28. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158827/001022329.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

“[...] do dever de produzir prova, sob pena de comprometer outras garantias também fundamentais previstas no texto constitucional.”, arremata o mesmo autor¹⁵⁶.

Interessante anotar o pensamento de Rodrigues¹⁵⁷:

Corolário desse moderno pensamento jurídico é a assertiva de que o processo deve ser compreendido e estruturado em decorrência da situação do direito material litigioso, para o qual deve servir como instrumento de tutela. Para tanto, o modelo cooperativo de processo torna-se adequado para estruturar essa nova ordem processual, impondo-se deveres para todos os sujeitos processuais a fim de proporcionar uma efetiva e justa decisão judicial que ponha fim ao litígio instaurado.

À guisa de exemplificação, o CPC prevê no art. 379 o princípio que aponta os deveres gerais da parte em juízo, como o dever de colaboração já mencionado acima, que pode ser exemplificado como responder ao que lhe for interrogado, colaborar na realização de inspeção judicial ou mesmo praticar ato que lhe for determinado. Exponencia-se desses o direito a não produzir prova contra si própria, que, embora seja um vocativo defensável, pode ser alargado de modo a fundamentar erroneamente uma escusa probatória.

Acerca do assunto, aponta Cesa¹⁵⁸:

[...] a aplicação da regra do art. 379 para limitar o dever de prova no processo civil deve ocorrer somente quando puder acarretar riscos de incriminação à parte, servindo, nesse caso, de forma legítima para limitar o seu dever de colaboração e de produzir provas.

Em outros termos, mas também pertinente ao assunto, Cesa¹⁵⁹ aduz que a interpretação desse dispositivo “[...] deve ocorrer em consonância com o disposto no

¹⁵⁶ CESA, Pedro Sanches. **O dever de produzir provas no código de processo civil de 2015 e suas possíveis limitações**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2016. p. 28. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158827/001022329.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 jun. 2019. p. 29.

¹⁵⁷ RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. **A valoração da prova e o convencimento do julgador no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Contemplar: Campo Grande, 2019. p. 35.

¹⁵⁸ CESA, Pedro Sanches. **O dever de produzir provas no código de processo civil de 2015 e suas possíveis limitações**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2016. p. 28. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158827/001022329.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

artigo 388, incisos I e III, do mesmo diploma, que desobrigam a parte de depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe foram imputados [...]”, ou ainda, que causem a desonra própria e de seus familiares, exonerando-se do encargo. Este é apenas um dos casos previstos em que a parte não tem a obrigação de produzir prova, ou mesmo, em alguns casos, pode desonerar-se do encargo ou da prerrogativa.

Como capacidade formulada em direito fundamentais, a produção de prova, decorrente do princípio do contraditório, de acordo com a análise esposada, pode ocorrer, a depender do caso concreto, ele sofre certa relativização. Não significa, entretanto, que eles sejam diminuídos ou enfraquecidos – ao contrário, ao relativizá-los, permite que, quando for exercido, tenha maior eficácia possível dentro do processo.

A finalidade da prova no seio do processo civil é ancorar material probatório dentro do processo, que possam ser visto como direitos mas também como deveres, representando, desta feita, os limites a eles impostos. Referidos limites ao dever de provar não constituem um rol taxativo, exatamente porque nenhum direito é absoluto.

¹⁵⁹ CESA, Pedro Sanches. **O dever de produzir provas no código de processo civil de 2015 e suas possíveis limitações**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2016. p. 28. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158827/001022329.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

4 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

A distribuição da prova, ou simplesmente, ônus da prova, diz respeito a quem, dentro do processo, caberá a produção do material probatório. Desse modo, se “o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.”¹⁶⁰.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁶¹ acrescenta que o ônus deve ser compreendido de duas formas: “a primeira, como regra dirigida às partes no sentido de estabelecer a elas como devem se comportar no processo [...]”, e a outra, “como regra dirigida ao magistrado, no sentido de permitir a ele, no julgamento a ser proferido, em que medida as partes em que medida desincumbiram-se adequadamente de seu ônus [...]”. Na mesma linha de definições, assevera Fredie Didier Júnior¹⁶²:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de vantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

Em outros termos, de acordo com Lourenço¹⁶³, “o ônus não pode ser confundido com uma obrigação ou um dever, ônus é um imperativo do próprio interesse da parte, sendo um aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente.”. Desta feita, pelas lições de Fredie Didier¹⁶⁴ “ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes.”.

As partes, qualquer delas, seja na pretensão de busca de uma satisfação, seja na desconstituição de um direito alegado, tem genuíno interesse no alcance do ônus da prova. Anote-se, todavia, que, para a correta compreensão da dinamização do ônus da prova no atual Código de Processo Civil, tema de estudo do presente

¹⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 125.

¹⁶¹ BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

¹⁶² DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit.

¹⁶³ LOURENÇO, Haroldo. A dinamização do ônus da prova no CPC/15. Gen Jurídico. Artigos. Novo CPC. Processo Civil. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2016/07/12/a-dinamizacao-do-onus-da-prova-no-cpc15/>> Acesso em 20 de abril de 2018.

¹⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. op. cit.

trabalho, deve-se ter em mente que o referido instituto consiste no encargo de produzir a prova necessária para o esclarecimento da questão posta em juízo, prestigiando o princípio da lealdade processual na busca pela celeridade e efetividade.

4.1 NATUREZA E ASPECTOS DO ÔNUS DA PROVA

Como dito no primeiro tópico desse capítulo, agora nas palavras de Câmara¹⁶⁵, “na linguagem do direito processual, ônus é o nome usado para designar uma conduta imperativa, imposta a alguma das partes, para que se realize um interesse próprio. É, pois, o imperativo do interesse próprio.”. A sua natureza se aproxima bastante do direito ao contraditório, ou seja, ao direito de produzir prova.

Entretanto, aqui cabe uma singela distinção, ao aduzir, de acordo com Bueno¹⁶⁶, que o ônus da prova, de acordo com o art. 333, I do CPC, “é do autor quanto ao fato *constitutivo* de seu direito. Fato constitutivo é o suporte fático a partir do qual pretende o autor a tutela jurisdicional de seu direito.”. Arremata o autor que “ele é extraído da causa de pedir.”¹⁶⁷. Por esta percepção, agora com Câmara¹⁶⁸:

Surgiu, assim, uma percepção subjetiva acerca das regras de distribuição dos ônus probatórios, como se fossem elas regras de atividade, isto é, regras destinadas a estabelecer a quem incumbe produzir prova acerca da veracidade de cada alegação controvertida que tenha surgido no processo.

Mesmo parecendo estar de acordo com o ordenamento processual civil, essa concepção subjetiva do ônus da prova não converge com o sistema. Aponta Câmara¹⁶⁹ que “[...] prova, uma vez produzida, pertence ao processo, pouco importando quem a tenha produzido. Fala-se mesmo em um princípio da comunhão da prova (também chamado de princípio da aquisição da prova).”.

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 250.

¹⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. Procedimento Comum, Ordinário e Sumário. v. 2, tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 255.

¹⁶⁷ Ibidem.

¹⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

¹⁶⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

Por esse motivo é que no art. 371 se estabelece que o juiz apreciará a prova independentemente de quem a tiver promovido¹⁷⁰. Desse modo, pode-se afirmar que as regras de distribuição do ônus da prova não são em razão das regras de atividade, e diante disso, é necessário que seja determinada a sua natureza.

Constata-se, pois, no nascimento de um fenômeno jurídico no âmbito do ônus da prova o surgimento de um direito, que sofre dinamização em determinados momentos em que se despe para que outrem assuma o direito. Por estes parâmetros, sintetizou Didier Júnior, Braga e Oliveira¹⁷¹:

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte da causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que se funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373).

Por estas lições é possível classificar os fatos deduzidos quanto à sua natureza e efeito jurídico que eventualmente possam produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito. No entanto, conforme chama a atenção Theorodo Júnior¹⁷², “[...] não basta provar os fatos alegados, pois o acolhimento deles, para o alcance desejado pelas partes, depende de sua valorização diante dos pressupostos de direito material.”

Observa-se que existe um reflexo inevitável no direito material, que, mesmo que a parte a quem cabe a produção da prova não tenha se desincumbido do ônus, “[...] mesmo assim poderá obter a tutela jurisdicional se o elemento de convicção necessário vier ter aos autos por outras mãos (iniciativa de outra parte ou do juiz). Fala-se, por isso, em ser o ônus da prova um ‘ônus imperfeito’.”¹⁷³.

Insta mencionar ainda sobre a inversão do ônus da prova:

¹⁷⁰ BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

¹⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 130.

¹⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 880.

¹⁷³ Ibidem.

Como é do conhecimento geral, a denominada inversão do ônus da prova era técnica exclusiva das ações que versam sobre relação de consumo, por força do inciso VIII do art. 6.º do CDC, textual em prever a possibilidade de o magistrado inverter o ônus da prova em favor do consumidor, quando, a seu critério, for verossímil a alegação ou quando constatar que o consumidor é hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.¹⁷⁴.

A melhor interpretação para o dispositivo, de acordo com Bueno, “[...] é a de que a inversão nela admitida [...] deve ser *sempre* previamente comunicada às partes para que elas possam, adequadamente, desincumbir-se de seu ônus em atenção ao dispositivo legal.”¹⁷⁵. O autor ainda adverte que essa obrigatoriedade deve estar presente em quaisquer outras hipóteses de inversão legal do ônus da prova¹⁷⁶.

Essa consignação é importante porque ainda existem muitas dúvidas acerca do ônus e sua dinamização. Por mais que os códigos sejam, até certo ponto, explicativos, na prática é comum haver confusão acerca da matéria. Esse momento de fazer com que a prova seja sacudida, a fim de cumprir seu papel dentro do processo, pois mesmo que no CDC haja a expressão diferente da aplicada no CPC, ao estabelecer que a atribuição do ônus da prova de modo diverso, que corresponde à denominada inversão do ônus da prova, “[...] pode ser realizada quando o magistrado verificar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário [...]”¹⁷⁷.

Vale lembrar que, de acordo com o enunciado n. 18 do CEAPRO¹⁷⁸ “a Súmula 375 do STJ não impede a atribuição diversa do ônus da prova, de que tratam os § 1º e 2º do Art. 373 (§ 1º e 2 do art. 373).”.

Medeiros Neto¹⁷⁹ observa ainda que:

¹⁷⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 417.

¹⁷⁵ BUENO, Cassio Scapinella. **Manual de Direito Processual Civil**. Vo. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva Educação, 2014. p. 256.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ CEAPRO. Centro de Estudos Avançados de Processo. Enunciados novo CPC. **Enunciado 18**. Disponível em: <<http://www.ceapro.org.br/enunciados-novo-cpc/>>. Acesso em 10 ago. 2019.

¹⁷⁹ MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Posições do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos últimos dois anos, sobre a dinamização do ônus da prova (artigo 373 do CPC/15)**. Coluna CPC na prática. Migalhas de peso. 04 out. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI288655,101048->

A técnica da dinamização do ônus da prova, prevista no parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC/15, não é sinônimo da inversão total do ônus da prova prevista no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque, exige observação atenta dos detalhes do caso concreto, sendo perfeitamente possível que apenas parcelas das alegações de fato sejam atribuídas de forma dinâmica para uma ou outra parte. No mais, tal técnica – a do artigo 373 do CPC/15 – demanda a análise atenta dos princípios – normas fundamentais de acesso justiça, cooperação, eficiência, efetividade e paridade de armas; sempre em linha com um dos grandes objetivos da comissão de juristas que idealizou o CPC/15, que é justamente o de aproximar o juiz das partes e da realidade dos fatos.

Destarte, o entendimento que se tem após a pesquisa engendrada se apoia na afirmação de Theodoro Júnior¹⁸⁰, ao dizer que “[...] acerca do tema do ônus da prova, embora cogitado no direito processual de forma expressa e direta, é que suas regras não são exclusivas nem do direito material nem do direito processual.”. Há, portanto, uma natureza mista, pois, muito embora seja aplicado no processo, existe um liame intrínseco ao direito substancial.

4.2 SISTEMA LEGAL DO ÔNUS DA PROVA

Dentro do que se entende seja o sistema legal do ônus da prova, este direito, ora dever, ora encargo, pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz, ou por convenção das partes. Em atenção ao disposto no art. 373 do CPC, já comentado acima, o legislador distribui estática e abstratamente esse encargo, o que, de acordo com a redação do referido artigo, compete a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

Desse modo, “o art. 373, é fiel ao princípio dispositivo, reparte o ônus da prova entre os litigantes da seguinte maneira: (a) ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; e (b) ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.¹⁸¹”.

Posicoes+do+Tribunal+de+Justica+de+Sao+Paulo+nos+ultimos+dois+anos>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 880.

¹⁸¹ Ibidem.

Essa parte é interessante, dado o dever da parte em produzir a prova de seu direito, uma vez que ela “[...] deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base de sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.”¹⁸². Portanto, o sistema legal do ônus da prova passa indiscutivelmente pelos critérios de sua distribuição que há critérios, consoante já apontados no tópico acima.

É dizer, inclusive, que a distribuição é necessária para própria organização do processo, de modo que os atos sejam, de certa maneira, previsíveis. Nesse sentido, espera-se que a parte produza determinada prova, quando alegada; espera-se que o demandado refute-as, desconstitu-as. Contudo, o réu pode defender-se “[...] simplesmente negando os fatos trazidos pelo autor, quando sobre ele, a princípio, não pesa qualquer ônus de fazer prova – sem excluir a possibilidade de contraprova [...]”¹⁸³. Há quem garanta que:

[...] a regra do ônus da prova destina-se – tal como a regra que impõe deveres instrutórios às partes – a dirigir o comportamento das partes no que tange ao risco da ausência de prova e iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é indicativo para as partes a respeito de quem pode se prejudicar com o estado de dúvida judicial e para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova.¹⁸⁴

Visto de outra forma, “[...] de quem quer que seja o ônus probandi, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo.”¹⁸⁵. Naturalmente, a ausência de prova ou a sua incompletude são similares, em relação à na sistemática processual do ônus da prova, pois não são capazes de dissolver a dúvida.

¹⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 130.

¹⁸³ Ibidem, p. 131.

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Processual Civil**. Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 267.

¹⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 884.

Se a dúvida paira sobre fatos constitutivos, a obrigação é do autor. Assim, vê-se que é possível coexistirem regras que impõem deveres a ambas as partes, sem que haja desvirtuamento entre eles. Trata-se, portanto, do direito vivo, aquele decorrente da atividade jurídica construída por meio da aplicação de teorias, princípios e institutos da doutrina, da atividade jurídica diária, pela jurisprudência que se forma diuturnamente nos tribunais do país.

Essa é a verdadeira evolução que abriu espaço para que fosse cunhado o Novo Código de Processo Civil em vigor, que, por meio dessa “[...] tendência evolutiva inerente às relações humanas e sociais decorreu a necessidade de reforma da legislação para acompanhar a evolução da sociedade, [...]”¹⁸⁶. Embora seja essa a tendência apontada, sobre o ponto recaem responsabilidades é a respeito da postura do juiz diante da valoração da prova. Sobre o assunto, o próximo tópico tratará a respeito.

4.3 LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA, REGRAS DE EXPERIÊNCIA E PRESUNÇÃO

A apreciação da prova de forma livre está intimamente ligada a formação do convencimento do juiz na medida em que o ato de julgar envolve uma intensa percepção do valor da prova para o processo, desde os mecanismos de escolha da parte até os meios empregados, tudo isso podendo variar de acordo com o direito material controvertido e o bem jurídico tutelado.

Na ótica de Theodoro Júnior¹⁸⁷, “[...] não há contradição entre a regra que distribui o ônus da prova entre as partes (NCPC, art. 373, I e II) e a que confere a iniciativa da prova ao juiz (art. 370)”. Ele entende que “[...] as regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados.”, o que não deixa de ser.

Theodoro Junior¹⁸⁸ assevera:

¹⁸⁶ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de. **A dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo CPC**. In: A prova cível. Elementos para convicção judicial. Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 47.

¹⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 84-85.

¹⁸⁸ Ibidem.

Foi, portanto, impulsionado pela necessidade de munir o juiz dos instrumentos indispensáveis ao fiel cumprimento da função pública que lhe toca, que o novo Código, tal como já o fazia a legislação antiga, dispôs que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito” (art. 370).

Não é demais dizer que ao ser admitida a concepção de verdade como uma realidade semântica, a valoração desse instituto deve estar pautado pela racionalidade, “[...] amparado em probabilidade indutiva, imprescindível se torna analisar o grau ou a intensidade de convicção que é necessário para se considerar uma hipótese fática como provada [...]”, pois, quantifica o grau de convencimento do magistrado quanto à solidez ou intensidade da prova, ou a chamada “prova forte”¹⁸⁹.

Montenegro Filho¹⁹⁰ assevera que:

O sistema adotado pelo CPC é denominado sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, previsto de forma principiológica no art. 371, conferindo liberdade ao magistrado, para apreciar a prova, desde que fundamente o pronunciamento judicial que a valora, afirmando a doutrina que o sistema em exame “se situa entre o sistema da prova legal⁴⁰ e o sistema do julgamento *secundum conscientiam*”.

É dentro desse grau de convencimento do juiz que emanam outros tipos de decisões, inclusive as cautelares, baseadas em provas de tal modo fortes que não deixam resvalar dúvidas acerca da existência do direito, ou mesmo que ela seja minimamente duvidosa. Existindo a possibilidade de o autor buscar em juízo um direito seu, calcado na possibilidade de que seja concedida tutela de urgência ou evidência, mediante a apresentação de “prova forte”, pode o magistrado ser convencido de plano e deferir o pedido formulado.

Nesse sentido, “a emissão de uma decisão justa que ponha fim ao litígio instaurado não pode prescindir de uma busca da verdade real em relação aos fatos controvertidos.”¹⁹¹. Aduz o autor que “a função do processo não se limita a pôr fim

¹⁸⁹ SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: Almedina, 2017.

¹⁹⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 415.

¹⁹¹ RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. **A valoração da prova e o convencimento do julgador no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Contemplar: Campo Grande, 2019. p. 43-44.

ao litígio instaurado. Tem que ser mais que isso. A função do processo é resolver o litígio mediante a prolação de uma decisão rápida e justa.”¹⁹².

Não é demais lembrar que o exercício da valoração racional da prova, no exercício da função jurisdicional, “[...] é exclusiva do juiz e constitui-se no modo final de proceder à interpretação dos meios de prova disponíveis para a formação do convencimento.”¹⁹³. Isso não implica dizer que o juiz está despido de certas formalidades e atrelado à dispositivos legais. Rodrigues¹⁹⁴ aponta que:

Os sistemas de valoração da prova legal e da prova livre definem o modelo de apreciação valorativa da prova pelo órgão julgador como sendo vinculativo (legal) ou discricionário (livre) em relação aos meios de prova apresentados. Entretanto, o sistema de prova livre não se apresenta como um critério positivo de valoração da prova, porque nada diz ou determina sobre como deve ser valorada a prova produzida. É totalmente silente [...].

Tais elementos, associados à liberdade em relação ao *periculum in mora*, fazem com que todo esse procedimento possa ser praticado e atinja os fins destinados. E esse é o verdadeiro sentido da busca da verdade, semântica ou não, fato que expressa que a produção da prova deve ser destinada ao convencimento do juiz, ainda que haja uma carga de subjetividade dentro desse julgamento. Salienta-se que desse convencimento sobressairá as razões que o levarão a proferir o provimento judicial definitivo no juízo de origem, e por isso, devem as partes ser o mais diligentes possível a fim de que não percam a oportunidade quando lhes for propiciado.

Theodoro Júnior¹⁹⁵, afirma que:

Com essa norma de meridiana clareza, os poderes do juiz, no domínio da prova, permanecem reconhecidos e reforçados no direito positivo, capacitando-o a realizar de ofício a instrução processual. Munido de tais poderes instrutórios, estará ele sempre credenciado a atuar de modo coerente e compatível com os ideais constitucionais,

¹⁹² RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. **A valoração da prova e o convencimento do julgador no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Contemplar: Campo Grande, 2019. p. 43-44.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 884.

relacionados com a garantia de acesso efetivo à justiça e, particularmente, com a meta de promover a justa composição dos litígios.

Apoiado na certeza de que o juiz apenas pode pautar seu julgamento nas provas que estejam inseridas no processo, o sistema adotado pelo CPC, visivelmente influenciado pelo Código Napoleônico, contém a diretriz para que o magistrado não possa fazer o contrário, ou seja, basear-se em provas estranhas à dos autos. Respeita-se, portanto, a máxima *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo do direito).

É importante consignar ainda que o juiz, antes de proferir a sentença, deverá analisar se há alguma falha na instrução processual, a fim de que possa saná-la, tendo em vista o dever de cautela com que deverá abordar a questão. Em alguns casos, haverá a necessidade de determinar a produção de prova de ofício, em observância ao princípio da cooperação entre as partes, ou se é o caso de aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova.

É dizente desses parâmetros, de apreciação, avaliação e valoração da prova, de acordo com seus ônus livres ou vinculados, das nuances de cada caso concreto, do direito perseguido, da conduta das partes e observando os ditames legais e princípios do ordenamento jurídico brasileiro que o magistrado, por fim, proferirá seu provimento final no juízo de origem, encerrando sua jurisdição. Acerca desse provimento, chamado de sentença no meio jurídico, que será tratado no subtópicos adiante.

4.4 CONTEÚDO DA SENTENÇA

Atrelada ao princípio da congruência, o conteúdo da sentença, para ser válido precisa estar alinhado aos elementos e fundamentos postos ao longo do processo, a fim de que não haja infração às normas processuais. Desse modo, os julgamentos *citra*, *ultra* e *extra* *petita* devem ser afastados, assim como quando o mandamento não está em consonância com os princípios que orientam o procedimento.

É importante apontar, de acordo com as lições de Câmara¹⁹⁶, interessante definição de sentença:

¹⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 284.

Pois sentença é o ato que põe fim a um módulo processual. Assim, nos casos em que o processo se desenvolva em um só módulo (processo de conhecimento ou processo de execução), a sentença será o ato de encerramento do procedimento em contraditório [...]. E nos casos em que haja mais de um módulo processual [...], haverá tantas sentenças quantos sejam os módulos, cada uma delas encerrando um desses módulos [...]. E o pronunciamento que encerrar o último desses módulos processuais será o ato de encerramento do processo.

Este tópico não tratará dos elementos que compõem a sentença, nem tampouco acerca de suas características processuais em relação ao magistrado. Tem-se por objetivo indicar de que modo e em que medida o conteúdo da sentença precisa conter uma sequência lógica de procedimentos aptos a demonstrar a correlação entre os pedidos formulados.

Nesse sentido aponta Montenegro Filho¹⁹⁷:

A exigência de que haja correlação entre o pedido e a sentença decorre, ao que parece, da aplicação do princípio dispositivo. Se a jurisdição não pode ser em regra prestada de ofício, porque o direito material – também em regra – é disponível, a atuação do magistrado no processo também sofre limitações no que se refere ao julgamento dos pedidos formulados pelas partes.

Insta mencionar que existem algumas situações em que o magistrado está autorizado a conceder verbas não pleiteadas pelas partes, precipuamente em relação aos pedidos formulados pelo autor. Diz respeito às custas processuais, aos juros legais, correção monetária e honorários advocatícios, por exemplo. Além disso, existem disposições insertas no CPC que indicam o reconhecimento de determinadas violações de princípios, como a condenação por litigância de má-fé, e na mesma linha o reconhecimento de pedidos implícitos ou pedidos subentendidos.

Os elementos apontados independem de prova específica, mas precisam estar presentes no conteúdo da sentença. Junto a eles, antes de tudo, devem estar presentes os elementos legais essenciais que devem compor o mandamento judicial, consoante aduz Montenegro Filho¹⁹⁸:

¹⁹⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 496.

¹⁹⁸ Ibidem.

Os elementos da modalidade de pronunciamento judicial [...] estão relacionados no art. 489, sendo considerados essenciais, de modo que a ausência de qualquer deles acarreta o reconhecimento da nulidade da sentença ou até mesmo da sua inexistência como ato judicial, o que ocorre, por exemplo, quando é proferida sem a parte dispositiva.

A eficácia da sentença, segundo Theodoro Júnior¹⁹⁹, “depende da reunião de condições intrínsecas e formais. Como ato de inteligência, a sentença contém um silogismo; daí a necessidade de ela resumir todo o processo, [...]”. Nesse ponto, a pretensão do autor deve ser considerada, assim como a defesa do réu e os fatos por ambos alegados e provados, a fim de que o magistrado possa, a partir desses elementos, conferir o direito aplicável e a solução final dada à controvérsia.

O Código de 73 referia-se a requisitos essenciais ao tratar sobre a configuração da sentença. Entretanto, no novo CPC, elementos foram a expressão eleita para definir as qualidades e atributos próprios da sentença, que se expressam mediante adjetivos não substanciais, mas qualitativos. Não houve o abandono do termo elementos, mas este foi deslocado para o que se entendeu fossem partes que integram obrigatória e legalmente a estrutura do mandamento.

Theodoro Júnior²⁰⁰ ressalta que, embora o art. 489 do CPC traga previsão de elementos essenciais da sentença, estas formalidades são substanciais, ou seja, “[...] correspondem a elementos essenciais, na dicção da lei, de modo que sua inobservância leva à nulidade da sentença. Requisitos, [...] seriam, [...] a existência de uma relação processual válida, e a concorrência das condições da ação.”

Nada do que foi anteriormente mencionado teria sentido caso não houvesse uma intenção, ou seja, um sentido interpretativo teleológico, que levasse o mandamento judicial para o fim que o destina. Assim, nas palavras de Câmara²⁰¹:

[...] a decisão judicial deve ser interpretada “em conformidade com o princípio da boa-fé”. É que a sentença gera, nos sujeitos que participam do processo (e também em terceiros) expectativas legítimas, o que impõe a proteção da legítima confiança que na sentença se deposite.

¹⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 80.

²⁰⁰ Ibidem, p. 1042.

²⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 306.

Aduz o mesmo autor²⁰² que “demanda e sentença devem ser como espelhos, um a refletir o outro.”. Os dispositivos existentes nos arts. 490 e 492 traduzem a força necessária para que haja correlação entre a demanda e a sentença. Desse modo, cabe ao juízo apreciar todos os pedidos formulados na inicial, ou pelo réu na reconvenção, acolhendo-os ou rejeitando-os, de acordo com o conteúdo probatório colacionado. A seguir, tratar-se-á acerca da dinamização do ônus da prova, possibilidade de manejo do intuito probatório, dentro dos direitos e deveres das partes dentro do processo.

²⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 306.

5 TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CPC

As mudanças ocorridas no texto do atual Código de Processo Civil partiram com vistas a melhorar o acesso à justiça, e em decorrência dessa possibilidade, tornar o processo mais efetivo, com a viabilidade de manejo de ações de cunho mais satisfatório, e que, como dito, possam gerar resultados externos ao processo, na concreção do direito material. Assim, com o dinamismo que acompanha as decisões judiciais e o próprio direito, e dada a hodiernidade do Código de Processo Civil atual, muitas outras questões estão por vir.

Daniel Peteado²⁰³ lembra os principais fundamentos que delineiam a teoria da dinamização do ônus da prova, os quais residem no princípio da comunhão da prova. Interessante anotar ainda, consoante o mesmo autor, que não há importância acerca de “[...] qual das partes trouxe aos autos determinada prova, mas sim a ideia de que a prova produzida pertence aos autos e, portanto, se presta a auxiliar na formação do livre convencimento do magistrado.”²⁰⁴.

É sabido que, atualmente, o sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 373 do NCPC pode ser estático e rígido. Entretanto é necessário lembrar que na dinâmica do próprio processo, às vezes as demandas não se comportam da forma mais adequada, seja por impossibilidade dos meios ou por alguma questão de infidelidade processual. Desse modo, conforme aduz Theodoro Júnior²⁰⁵:

Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 370.

Ao juiz foi dada a tarefa de analisar os fatos e buscar parametrizar a dinamização do ônus da prova da melhor forma possível, que não se mostre

²⁰³ CASTRO, Daniel Peteado. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**: fundamentos, interpretação e dinâmica. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010. p. 127. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06072011-095806/pt-br.php>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 886.

oneroso às partes e possa alcançar o fim último do processo, que é a busca da verdade dos fatos e a aplicação da justiça. Assim, consoante anotam Marinoni, Arenhart e Mitidiero²⁰⁶, o juiz deve aplicar técnicas processuais para atingir os objetivos propostos:

Por técnicas processuais cabe entender procedimentos, sentenças e meios executivos, assim como as técnicas antecipatórias e aquelas destinadas à distribuição adequada do ônus da prova entre as partes. Todas essas técnicas devem poder ser utilizadas pelo juiz conforme as necessidades dos diferentes casos concretos, pois só assim a tutela jurisdicional poderá ser prestada de maneira efetiva. Olhe-se, por exemplo, para as normas que consagram as técnicas que viabilizam a antecipação da tutela diante de urgência e para a distribuição do ônus do tempo do processo, assim como para as que dão à parte e ao juiz o poder de utilizar os meios executivos “necessários” ou adequados aos casos concretos.

Desse modo, consoante anota o mesmo autor, falar em distribuição dinâmica do ônus probatório poderia sugerir ao juiz “[...] o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, [...]”²⁰⁷, ou, segundo ele, “[...] simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria de fazê-lo.”²⁰⁸. Esse encargo seria até interessante a todos do processo, e menos oneroso à parte que não pudesse prestá-la. Porém, sabe-se que nem sempre é possível que tudo seja tão bem encaixado assim.

Mantida a regra da distribuição estática do ônus da prova, o art. 373, inc. I e II do NCPC contempla, ainda, a possibilidade da distribuição dinâmica, mas que se deve observar os requisitos do art. 373, § 1º. Porém, há a limitação do momento em que se deve operacionalizar a dinamização, contido no art. 357, III.

Adverte Theodoro Júnior:

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 260.

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 886.

²⁰⁸ Ibidem.

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.

No Brasil, o estudo da distribuição dinâmica do ônus da prova caminha para um conceito de regra de instrução, pois, consoante a vedação de que seja aplicada na sentença, existe a real necessidade de que os elementos sejam observados no decorrer do processo. Nessa seara, Theodoro Júnior assevera que, “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.”²⁰⁹.

Não obstante, o objetivo é 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.

Nesse ponto, é fundamental anotar que o CPC adotou duas vertentes como regras para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, calcadas na necessidade de equilibrar as armas das partes no processo. A redistribuição do *onus probandi*, portanto, “[...] no fugir da inflexibilidade do sistema estático de carga probatória, integra-se no modelo de processo cooperativo, idealizado nas normas fundamentais do novo Código (art. 6º).”²¹⁰.

Trata-se, porém, de acordo com Theodoro Júnior²¹¹:

[...] de medida excepcional, já que se conserva, como regra geral, a distribuição estática, que é tradicional em nosso direito processual civil e que se apresenta funcional para a grande maioria dos casos, só merecendo modificação quando verificada “forte dificuldade probatória (prova diabólica) relacionada a alguma das partes em detrimento da outra”.

²⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 890.

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem.

Medeiros Neto²¹², a respeito da dinamização do ônus da prova pulverizado no ordenamento jurídico brasileiro, ensina que, na atual redação do art. 818 da CLT, existe a possibilidade de adoção da teoria das cargas dinâmicas da prova, prevendo em seu parágrafo primeiro que:

[...] o ônus da prova poderá ser atribuído de forma diversa nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade, à excessiva dificuldade, ou à maior facilidade de obtenção da prova por uma das partes, devendo a decisão ser fundamentada.

Outrossim, de acordo com o Enunciado n. 6 do Centro de Estudos Avançados de Processo – CEAPRO²¹³, "a hipossuficiência justificadora da atribuição do ônus da prova é a informativa e não a econômica".

Interessante notar que a prova se vale ao convencimento do juiz, que é livre. A dinamização do ônus da prova, conforma adiante será delineado, na verdade, se vale para auxiliar o juiz no seu julgamento. Conforme aponta Didier²¹⁴ "a atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com a peculiaridade da causa); a distribuição do juiz ou pelas partes é considerada dinâmica, porque feita à luz de uma situação concreta".

5.1 ELEMENTOS CONCEITUAIS

Derivada do latim ônus com a manutenção de seu significado no português, a palavra citada indica obrigação imposta por lei, encargo. Todavia, ter ônus não significa ter obrigação, haja vista que esta última advém de descumprimento de um dado dever jurídico. Isto é, quem não cumprir uma obrigação voluntariamente será compelido a prestá-la. Se existe uma obrigação, é porque existe um direito subjetivo de alguém.

²¹² MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Aspectos processuais da reforma trabalhista**. Coluna CPC na prática. Migalhas de peso. 30 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI270231,101048-Aspectos+processuais+da+reforma+trabalhista>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

²¹³ CEAPRO. Centro de Estudos Avançados de Processo. Enunciados novo CPC. **Enunciado 6**. Disponível em: <<http://www.ceapro.org.br/enunciados-novo-cpc/>>. Acesso em 10 ago. 2019.

²¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed., v. 02. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 126.

Também o ônus não pressupõe a existência de direito de outrem. Em verdade, o detentor do ônus é quem tem interesse em cumpri-lo, pois, se não o fizer, pode sofrer as consequências. Neste sentido é o magistério de Fredie Didier Júnior²¹⁵:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

O ônus da prova é, pois, o encargo, atribuído a uma das partes, de demonstrar a existência ou inexistência daqueles fatos controvertidos no processo, necessários para o convencimento do juiz.

No direito pátrio, até antes de 18 de março de 2016 (data da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil)²¹⁶, o ônus da prova era regido pela regra estática, segundo a qual cada uma das partes tinha ciência prévia de qual espécie de fato teria o encargo de exercer sua atividade probatória, o que, de certa forma, acabava por garantir segurança, afinal cada um dos agentes sempre tinha o conhecimento prévio em relação a quais fatos deveria atuar em termos probatórios. Rezava o artigo 333 do CPC de 1973:

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; Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Em outras palavras, ao autor caberia provar o fato constitutivo e ao réu, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, os quais são amplamente estudados pela doutrina. Já os fatos impeditivo e modificativo, de acordo com o mesmo jurista, seriam, respectivamente, aqueles que obstam as consequências jurídicas objetivadas pelo polo ativo (por exemplo, a incapacidade civil) e aqueles que operam a alteração da relação jurídica (tal qual a ocupação

²¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13 ed., v. 02. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 126.

²¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

inicial do imóvel a título de comodato que depois se converte em locação). Por fim, extintivo é o fato que acarreta o fim da relação jurídica, classicamente o pagamento de uma dívida.

Todavia, ante a ineficiência deste modelo em situações em que o autor não detém meios para provar o fato gerador do seu direito, a novel legislação trouxe a ideia concebida por Bentham²¹⁷ e divulgada por Peyrano e permite que o juiz distribua o ônus da prova para quem tem melhores condições de produzi-la, independentemente da posição processual da parte no processo e da natureza do fato alegado em juízo.

5.1.1 Conceito de ônus da prova *versus* dinamização

Não há unanimidade na doutrina sobre o ônus da prova, diversas são as teorias existentes, as quais foram perfeitamente analisadas por Paulo Rogério Zaneti²¹⁸ que, extraiu as principais hipóteses apresentando um panorama das diferentes teses que influenciaram os ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

Nesta direção, Jerémie Bentham²¹⁹ considera que o ônus da prova cabe à parte que melhor tiver condições para satisfazê-lo, com menor demora, despesas e constrangimentos. Dessa forma, é possível entender que o ônus da prova incumbe à parte melhor possui condições para satisfazê-la, de modo que seja aproveitável a ambas as partes, considerando que a parte ex adversa dela também se beneficia.

O ônus da prova pode ser distribuído de maneira legal (sistema *ope legis*), de maneira judicial (*ope iudicis*) ou de maneira convencional (por acordo entre as partes). O anterior Código de Processo Civil de 1973 previa um sistema de distribuição prévia e estática do ônus probatório (distribuição realizada pelo legislador, ou *ope legis*), segundo o qual ante a ausência de elementos de convicção aptos a fundamentar o juízo de valores do julgador, cada parte arcaria com o prejuízo pela insuficiência probante de acordo com uma regra petrificada e estática, sem que se levasse em consideração qual das partes teria melhores condições de

²¹⁷ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América (EJEA), 1971. p. 10.

²¹⁸ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras do ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85.

²¹⁹ BENTHAM, Jeremías, op. cit.

produzir determinada prova no caso em concreto. Neste sentido é a redação de seu artigo 333:

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. Parágrafo único: É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Da análise do referido dispositivo depreende-se que o *onus probandi* incumbia ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Em outras palavras, ao autor cabia provar a existência de seu direito, enquanto ao réu cabia provar a inexistência deste ou demonstrar fatos que o modifiquem. Grosso modo, a prova cabia a quem alegava.

Assim, de acordo com Azevedo²²⁰, assinalando regra sobre o art. 333 do CPC/73, afirma que “o entendimento clássico, as regras emanadas do artigo sobredito seriam objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador.”. Contudo, aponta a ressalva de que, há época, “essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto.”.

Observa-se, nesse contexto, que as regras há muito tempo vinha sendo objeto de reflexões, dada a maneira como estava prevista do antigo CPC. Igualmente, arremata o autor²²¹:

[...] a regra estática de distribuição do ônus da prova, acolhida pelo nosso Código de Processo Civil, notadamente em seu art. 333, vem sofrendo mitigações em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, que são alguns dos estandartes da perspectiva publicista do processo, atual tendência do Direito Processual Civil, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco. Para esta corrente doutrinária, estas regras de distribuição do ônus da

²²⁰ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-dinâmica-de-distribuição-do-ônus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro](http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-dinamica-de-distribuição-do-ônus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro)>. Acesso em: 18 jan. 2019. p. 04

²²¹ Ibidem. p. 05.

prova não devem ser interpretadas como limitadores dos poderes instrutórios do juiz. Ao contrário, defende uma atuação ativa do juiz no âmbito da instrução processual, com o escopo de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória vislumbrados caso a caso, para, com isso, proferir uma decisão mais justa e equânime.

Essa antiga regra, entretanto, refletia a ideia de que “a consideração do intérprete haveria de dirigir-se, básica e cumulativamente, (a) à posição da parte em juízo (se autor ou se réu) e (b) à espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo)”²²². De acordo com o mesmo autor, “com isso, e premido pela regra que veda o *non liquet*, ver-se-ia o juiz na contingência de, à falta de demonstração do fato constitutivo pelo autor, emitir juízo de desestimação da demanda.”²²³.

O atual Código de Processo Civil de 2015, apesar de manter essa distribuição do ônus da prova entre autor e réu, prevê também a distribuição feita pelo juiz (*ope iudicis*) ou pelas partes, a distribuição dinâmica, casuística, ou seja, à luz das peculiaridades do caso concreto. Assim, a grande inovação positivou-se no §1º de seu artigo 373²²⁴:

Art. 373. 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. §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.

²²² DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, v. 01, n. 280, p. 01-11, fev. 2001. p. 04-05. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwj7mZzorPbjAhWslbkGHRWSA9oQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fpluginfile.php%2F4374561%2Fmod_folder%2Fcontent%2F0%2FDALLAGNOL%2520JR%2520-%2520Distribui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520din%25C3%25A2mica%2520dos%2520%25C3%25B4nus%2520probat%25C3%25B3rios.pdf%3Fforcedownload%3D1&usg=AOvVaw3TY-AWwGltCp5mIOifydWF>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²²³ Ibidem.

²²⁴ BRASIL. **LEI Nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

Todavia, há tempos a teoria da dinamização do ônus da prova já vinha sendo estudada no Brasil pela doutrina e também pragmatizada pelos Tribunais em situações que a distribuição estática do ônus da prova mostrava-se insatisfatória na coleta de provas que redundava em um convencimento judicial com absoluta apreensão da veracidade dos fatos e via, de consequência, numa sentença justa.

Desta feita, cabe lembrar que a inversão do ônus da prova por determinação judicial não é propriamente uma novidade, posto que, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor²²⁵, em seus artigos 6º, inciso VIII, 12 e 14, já a admitia. Contudo, as citadas previsões são um benefício restrito aos consumidores e com distinção dos requisitos estabelecidos no CPC/1973 e no novo CPC.

E mais, Danilo Knijnik²²⁶ realça a função da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova para afastar a figura da prova diabólica (aquela impossível ou excessivamente difícil de ser produzida), asseverando que “a invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma probatio diabólica, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-jurisdição.”

De fato, a teoria em estudo compatibiliza-se plenamente com a Constituição Federal²²⁷ no que tange os princípios constitucionais do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV), o que vai ao encontro do anseio do legislador do atual CPC de adotar um modelo constitucional de processo.

5.1.2 Distribuição do ônus da prova: conceito, finalidade e forma

O atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15)²²⁸ dispensou o tratamento às provas na Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo XII, Seções I a XI, artigos 369 a 484. Entretanto, como um Código, por definição legal e doutrinária é uma

²²⁵ BRASIL. **Lei 8.078** de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²²⁶ KINJINIK, Danilo, in Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords). **Processo e Constituição** – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 946.

²²⁷ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2019.

²²⁸ BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 maio 2019.

compilação sistemática de normas, ver-se-á que o tratamento dado às provas, em verdade, não está restrito aos supracitados artigos, mas sim permeado em todo CPC, de forma lógica, e em legislações esparsas, uma vez que as normas devem estar interligadas entre si, em um sistema de redes, com o objetivo de, ao final, entregar a prestação jurisdicional de forma legal, justa e, portanto, Constitucional²²⁹.

Em específico com relação ao tema deste artigo, tem-se como objeto de estudo os artigos 357, inciso III e 373 do referido diploma²³⁰. Notadamente, o ônus da prova se divide em ônus subjetivo e objetivo. No ônus subjetivo, irá se indagar quem deverá provar, o objetivo trata de saber que fatos deverão ficar provados. Nesta direção, como acima já exposto, de acordo com o art. 373, caput, do CPC²³¹, o legislador adotou uma regra subjetiva e estática, ou seja, analisa-se a posição da parte em juízo, bem como a natureza dos fatos. Ao autor, cabe provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Entretanto não são raros os casos em que a parte encarregada de provar não possua condições favoráveis para tal, de maneira que se dificulte a busca pela solução mais justa do conflito, afrontando o Princípio da Verdade Real e o livre convencimento do próprio magistrado²³². É dizer que o exercício da dinamização do ônus da prova é uma novel ferramenta para efetividade e celeridade processuais, uma vez que possibilita que a regra primária de distribuição do ônus da prova sofra flexibilização, a fim de buscar uma melhor avaliação das condições processuais para todos os envolvidos.

Assim como dito anteriormente, a produção da prova não se vale apenas a quem dela necessita prestar (apesar de quando estritamente for destinada a constituir direito), mas servirá de subsídio para que se evite prejuízos presentes e futuros e que se permitam que paire a dúvida sobre certos fatos dentro do processo. Veja-se que a evolução do instituto da prova, quando esta se vale para provar fatos dentro do processo, não permitiu que sua produção se afastasse de outros princípios que precisam igualmente ser prestigiados, como o da lealdade processual..

²²⁹ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de [et.al.] **A prova cível**: elementos para a convicção judicial. Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 119.

²³⁰ BRASIL. **LEI Nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²³¹ Ibidem.

²³² ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de [et.al.], op. cit., p. 120.

Visando abarcar esta questão e “na tentativa de alcançar as tendências atuais que envolvem as relações sociais e sentindo a necessidade de reformar a legislação processual civil”²³³, a novel legislação, nos parágrafos 1º e 2º do artigo 373, prevê de forma expressa os casos em que é possível a modificação legal ou judicial das regras trazidas nos incisos do dispositivo em análise. Desse modo, pela redação do art. 373: “o ônus da prova incumbe: (...) § 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.”²³⁴.

Assim, em caso de necessidade e desde que justificadamente, o magistrado poderá distribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual, de acordo com a maior facilidade ou excessiva dificuldade para se conseguir obter a prova necessária ao deslinde da demanda. Todavia, é vetada a distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos em que a sua obtenção seja impossível ou excessivamente difícil (prova diabólica).

Melhor explicadas são as lições de Rodolfo Afonso Loureiro de Almeida²³⁵:

Nesse sentido, conforme se depreende do parágrafo primeiro do artigo 373 do Código de Processo Civil, a distribuição do ônus da prova, diferentemente da forma ordinária prevista no caput, I e II, ou seja, a exceção ou forma extraordinária, a “distribuição diversa”, está umbilicalmente ligada a ocorrência de três fatores, independentes e suficientes entre si: (a) impossibilidade da parte de cumprir o encargo; (b) a excessiva dificuldade da parte de cumprir o encargo; e, (c) maior facilidade pela parte de obtenção da prova do fato contrário.

Como se sabe, ante o novíssimo caráter do CPC, difícil apontar-se o exato alcance e entendimento dos regramentos da utilização dos parágrafos 1º e 2º do art. 373. Todavia, buscando suporte em Humberto Theodoro Júnior²³⁶ pode-se tecer que a parte que suporta o redirecionamento não fica encarregada de provar o fato constitutivo do direito do adversário, sua missão é a de esclarecer o fato

²³³ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de [et.al.] **A prova cível**: elementos para a convicção judicial. Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 121.

²³⁴ BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²³⁵ Ibidem. p. 121.

²³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 882.

controvertido apontado pelo juiz. E a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo.

Ainda assim, a prova redirecionada deve ser possível. Se nenhum dos contendores tem condição de provar o fato, não se admite que o juiz possa aplicar a teoria da dinamização do ônus *probandi*; para aplicá-la de forma justa e adequada, o novo encarregado terá de ter condições efetivas de esclarecer o ponto controvertido da apuração da verdade real (art. 373, § 2º); se tal não ocorrer, o ônus da prova continuará regido pela regra legal estática, isto é, pelo caput do art. 373²³⁷.

No que concerne aos parágrafos 3º (reprodução do parágrafo único do artigo 333 da lei processual civil de 1973) e 4º do art. 373 do CPC²³⁸, estes possibilitam que as partes de um contrato ou futura lide distribuam e negociem o ônus de prova mediante prévio acordo entre as partes, sendo que tal convenção poderá ser feita antes ou durante o curso do processo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...) § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Tais hipóteses trazem proteção a um procedimento mais equilibrado, quando se trata de direito indisponível da parte. Por sua importância, a segunda parte será melhor tratada doravante, em subitem próprio, consoante se verá.

5.1.3 Negócio Jurídico

²³⁷ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de [et.al.] **A prova cível**: elementos para a convicção judicial. Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 121.

²³⁸ BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

A segunda hipótese visa proibir que tal possibilidade onere de forma excessiva ao qual torne quase impossível o direito de prova. E sobre a novidade trazida por estes parágrafos do art. 373 são as colocações de Theodoro Júnior²³⁹:

Trata-se, no caso, de recepção pelo Código de Processo Civil do instituto do Negócio Jurídico Processual, onde e quando, as partes têm liberdade para decidir os limites da atividade probatória, antes ou durante a atividade processual, mas, desde que restritas a direito disponível e que não torne excessivamente difícil a produção da prova por aquele que ficou obrigado.

Não há dúvidas quanto à possibilidade das partes serem capazes de realizar acordos pelas mais diversas formas em relação ao direito controvertido que admita autocomposição. Entretanto, a novidade do caput do art. 190 é o objeto destes acordos. Bueno²⁴⁰ observa que, “segundo o dispositivo, eles podem dizer respeito a mudanças no procedimento (ajustando-o às especificidades da causa) e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.”.

Na mesma linha, Theodoro Júnior²⁴¹ comenta que o novo Código adotou a teoria dos negócios jurídicos processuais, “[...] por meio da qual se conferiu certa flexibilização procedimental ao processo, respeitados os princípios constitucionais, de sorte a que se consiga dar maior efetividade ao direito material discutido.”. Desse modo, referido diploma disciplinou a possibilidade de mudança procedimental pelas partes no art. 19034 e seu parágrafo único²⁴².

Apesar da divergência doutrinária a respeito da admissão de negócios jurídicos processuais, consoante assevera Neves²⁴³, “[...] já no CPC/1973 existiam várias passagens que os consagravam de forma expressa, realidade mantida e ampliada no Novo Código de Processo Civil.”. Nesses termos, é possível afirmar que sempre que a lei prever um negócio jurídico processual de forma expressa, tem-se um negócio jurídico processual típico. Nesses casos, ainda com Neves, há

²³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 882.

²⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 188.

²⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit, p. 486.

²⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit, p. 486.

²⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Juvim, 2016. p. 579.

possibilidade de que os requisitos de admissibilidade também estejam previstos de forma específica²⁴⁴.

Evidentemente que esse campo de aplicação do negócio jurídico processual ainda é novo no processo civil brasileiro, até então muito formalista, o que ensejará muita discussão até o estabelecimento de uma diretriz segura. Quanto ao momento processual:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e da organização do processo: (...) III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art.373.²⁴⁵

E, por fim, nos termos do artigo 1.015, inciso XI, do CPC²⁴⁶, da decisão que redistribua o ônus da prova nos termos do artigo 373, § 1º caberá recurso de agravo de instrumento. Atribuição de um ônus traz consigo justamente a possibilidade de recusa, sem cometimento de ilícito (ato contrario ao Direito), da prática do ato “desejado”.

O art. 471 do CPC/15 prevê ainda a possibilidade das partes nomearem consensualmente o perito, sob as condições elencadas nos incisos que seguem. Consoante doutrina de Bueno, esse tipo de ajuste constitui uma das manifestações seguras do princípio da cooperação, pois permite que as partes tenham ampla participação no processo. Não obstante, observa:

Esta escolha – que o próprio CPC de 2015 chama de “perícia consensual” – substitui, para todos os fins, a prova pericial que seria realizada por perito nomeado pelo magistrado na forma “tradicional” (art. 471, § 3º). Também cabe às partes, neste caso, indicar desde logo, concomitantemente à escolha do perito, seus assistentes técnicos, que acompanharão a perícia a ser realizada na data e no local previamente anunciados (art. 471, § 1º). Ao magistrado compete fixar o prazo para que o perito e os assistentes entreguem as conclusões de seus trabalhos (art. 471, § 2º), regra que não inibe que as partes e o magistrado ajustem calendário em conjunto para

²⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Juvivm, 2016. p. 579.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²⁴⁶ Ibidem.

este fim, o que é admitido pelo art. 191 e de forma mais específica pelo § 8º do art. 357.²⁴⁷.

Afinal, se o legislador afirma que a parte tem um ônus de produzir determinada prova, dá ao jurisdicionado duas escolhas lícitas e legítimas: entre produzir a prova, ou não produzir a prova, correndo o risco de sucumbir. Se optar pela segunda, o juiz, ou a parte contrária, não tem autorização legal ou constitucional para exigir que a prova seja produzida.

Observa Bueno²⁴⁸, “que as partes capazes podem realizar acordos pelas mais diversas formas em relação ao direito controvertido que admita autocomposição, não há por que duvidar.”. No entanto, adverte o doutrinador que a novidade do caput do art. 190 é o objeto destes acordos, pois, “segundo o dispositivo, eles podem dizer respeito a mudanças no procedimento (ajustando-o às especificidades da causa) e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.”. Não obstante, anota que:

A dificuldade reside menos em listar exemplos de negociação processual e mais em saber os limites destes negócios processuais, máxime quando, de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil”, as regras relativas ao procedimento são de competência dos Estados, consoante o absolutamente ignorado, inclusive pelo próprio CPC de 2015 como um todo e pelo dispositivo agora em foco, inciso XI do art. 24 da CF.

Com a premissa normativa no texto infraconstitucional para produção de provas, para que uma das partes leve em juízo indícios de provas suficientes para julgamento do caso, levando em consideração qual relação se trata o caso, por exemplo: relação civil ou consumo.

Ter o ônus de prova significa que ninguém, nem mesmo o Estado–Juiz, estará constitucionalmente autorizado a forçar ou constranger de qualquer forma a parte que não tem interesse em levar uma prova a juízo a fazê-lo. O Estado, em outras palavras, dá duas escolhas lícitas para a parte, não podendo, posteriormente, quando feita a escolha, retirá-la unilateralmente. Não pode, em resumo, usar

²⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 339.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 188

legitimamente, diante do ônus de provar, de sua força coativa, para que um documentou qualquer outra prova relevante sejam levados ao processo.

Como consequência no caso de não apresentação, resultará na presunção de veracidade, conforme art. 400²⁴⁹, que prevê que “ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; [...]”.

Art. 398. O requerido dará sua resposta nos 5 (cinco) dias subsequentes à sua intimação. Parágrafo único. Se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade.

Neste sentido gera um risco abstrato para a parte que tende a se recusar a trazer em juízo as provas necessárias para decisão do caso. Por óbvio em circunstâncias aos quais a prova pode trazer um julgamento de mérito totalmente desfavorável, por se tratar de uma prova totalmente satisfatória levando imbuir. A faculdade do desejo é a faculdade de mediante as próprias representações ser a causa dos objetivos dessas representações. A faculdade de um ser atuar em conformidade com suas representações é denominada vida.

5.1.4 Dinamização *versus* inversão do ônus da prova

Quando se fala em inversão do ônus da prova, logo se remete às ações consumeristas, caso em que, na maioria das vezes, há a inversão automática do ônus em face do demandado. Isso decorre de regra especial que autoriza a inversão do ônus da prova vertida no art. 6º, VIII do CDC.

Entretanto, “em situações expressamente previstas na lei, a norma infraconstitucional permite que o magistrado inverta o ônus da prova, conferindo-lhe a prerrogativa de transferir a responsabilidade de provar ao réu do processo, [...]”²⁵⁰, ou ainda, consoante o mesmo autor, “[...] de puni-lo por não ter produzido a prova

²⁴⁹ BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²⁵⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 422.

necessária que lhe incumbia, considerando, nesses casos, que o autor encontra-se em situação (financeira ou técnica) fragilizada, ou que a sua alegação é verossímil.”²⁵¹.

De sorte, o dever de provar os atos em ações consumeristas transfere-se do consumidor para o fornecedor, embora não se possa conceber que o consumidor tenha sido totalmente liberado do dever de provar o fato constitutivo de seu direito, mesmo que a inversão ocorra de maneira automática. Aponta Theodoro Júnior²⁵²:

Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.

Veja-se que a inversão do ônus da prova, por vezes, não é automática. Faz-se necessário o sopesamento por parte do magistrado, que deverá verificar a possibilidade de que haja a dinamização do ônus da prova, como forma de que haja maior efetividade possível. Assim, “ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei consumerista, competirá provar, [...] não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade [...]”²⁵³.

Existem ainda possibilidades evidenciadas no processo, em que se pode levantar a ausência de responsabilidade, como o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o resultado danoso e o produto consumido, dentre outros. Portanto, não se pode falar que a inversão automática do ônus da prova não comporta modulação, que no âmbito processual civil se amolda à dinamização do ônus da prova. A prova, como elemento essencial para que seja demonstrada a probabilidade da verdade dos fatos, precisa estar lastreada no fim precípua do processo, que é a busca por sua efetividade diante dos fatos alegados na inicial.

²⁵¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 422.

²⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 882.

²⁵³ Ibidem. p. 895.

Medeiros Neto²⁵⁴ (2014, p. 376) assevera:

A preocupação com a efetividade do processo é uma tônica constante no universo processual moderno, sendo um verdadeiro desafio para a ciência processual auxiliar na eficaz arquitetura de ferramentas para que o Poder Judiciário possa conferir ao jurisdicionado uma tutela tempestiva, oportuna e adequada, de forma a lhe conceder o bem da vida devido em conformidade com o direito material vigente.

Desse modo, faz-se necessário que sejam acostados aos autos as provas suficientes para embasar os fatos demonstrados e a possibilidade de produção demais ao longo do processo, de acordo com o caso a ser deslindado. As nuances protestadas ficarão alocadas nos casos específicos, consoante mencionados anteriormente.

Para tanto, reflete Theodoro Júnior²⁵⁵ acerca do tema:

Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexó entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6º, VIII, do CDC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao réu. Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle.

A intenção do legislador é que não seja criada hipótese de produção de prova impossível, sob o argumento de que se está cumprindo a regra da inversão do ônus da prova, ao arripio da garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A compatibilização do art. 6º, VIII, do CDC, com as garantias democráticas quando estendida a partir de uma apreciação equitativa da prova, “[...] além disso há casos em que se admite a inversão do ônus da prova por decisão judicial (inversão *ope iudicis* do ônus probatório).”²⁵⁶.

²⁵⁴ MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A efetividade do processo e a importância da arbitragem nos conflitos de energia. **Revista Argumentum**. Marília, v. 15, n. 01, p. 351-374, jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/109>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

²⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 895.

²⁵⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 253.

O tratamento adequado se dá nos §§ 1º e 2º do art. 373, como dito, quando se opta pela dinamização do ônus da prova, ou ainda, de acordo com alguns, a teoria da carga dinâmica da prova. Câmara menciona que essa designação parece ser inadequada “[...] por ser uma tradução equivocada da expressão castelhana – a teoria aqui apresentada nasceu na doutrina argentina – *carga dinamica de la prueba*, [...]”²⁵⁷, de modo que é “[...] relevante lembrar que a palavra ônus não existe na língua espanhola, motivo pelo qual a expressão ‘ônus da prova’ é, em espanhol, carga de la prueba [...]”²⁵⁸.

Como dito, e aqui se enfatiza, “é importante, [...], aplicar a inversão do ônus da prova no sentido teleológico da lei consumerista, que não teve o propósito de liberar o consumidor do encargo probatório previsto na lei processual, [...]”²⁵⁹. Theodoro Júnior²⁶⁰ afirma ainda que as dificuldades precisam ser superadas a fim de que se possa produzir as provas necessárias à defesa dos direitos em juízo.

5.2 ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO

Na dinamização do ônus da prova é permitindo ao magistrado, quando da utilização da regra de julgamento, transformar a regra estática de distribuição do ônus da prova em algo dinâmico, ativo, observando determinados elementos conceituais e estruturais, visando solucionar a impossibilidade de se formular um critério geral de distribuição do ônus da prova que satisfaça todas as hipóteses de aplicação do direito diante da existência de incerteza, de dúvida quanto à situação fática, quando do provimento final do juiz, momento em que deverá decidir sobre um fato incerto.

Nesse espeque, acerca da convicção e motivação do magistrado:

Com a aplicação das regras do ônus da prova como regras de decisão, supõem que o juiz tenha encontrado uma convicção de verdade, cabe tentar deixar mais claro o significado dessa ausência de convicção, assim como o da chamada “inesclarecibilidade” do fato constitutivo e o da convicção de verossimilhança. Essa última, aliás,

²⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 253.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 895.

²⁶⁰ Ibidem.

dará a oportunidade a um julgamento de procedência com base na ideia de verossimilhança preponderante ou, como deseja o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor a partir da inversão do ônus da prova fundada em verossimilhança.²⁶¹

Há, no caput do art. 373, a segurança da aplicação da regra clássica de atribuição do ônus da prova: ao autor, cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito; ao réu, o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Caso haja reconvenção, o réu passa a ser autor e, neste sentido, ele, como reconvinte, “terá o ônus da prova do fato constitutivo, e o autor, na qualidade de reconvindo (réu na reconvenção), do fato modificativo, impeditivo e extintivo, naquilo que sejam novos em relação ao pedido do autor [...]”²⁶².

O equilíbrio da demanda se dá quando não ocorre a quebra do sistema estático do ônus da prova. Entretanto, conforme exaustivamente mencionado neste trabalho, pode ocorrer que haja essa ruptura do curso normal do processo, momento em que:

O novo Código estatui que o emprego da redistribuição dinâmica da carga probatória está sujeito a requisitos legais que são objetivos e escapam, portanto, do subjetivismo do juiz, quais sejam: (a) impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos estáticos da lei; ou (b) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, por parte daquele a quem a lei ordinariamente não impunha o ônus da prova.²⁶³

Nesse sentido, ao magistrado é dada a tarefa de agir consoante os dispositivos legais e utilizar-se do ônus para por em prática regra de julgamento, pois essa prerrogativa não se dá segundo seu juízo de conveniência e oportunidade feito no caso concreto. Por derradeiro, é importante asseverar que no caso de o magistrado nada mencionar sobre a distribuição do ônus, este permanecerá conforme a estipulação estática prevista nos incisos do artigo 373 do dispositivo legal.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 383.

²⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 313.

²⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 891.

5.3 REQUISITOS DE APLICABILIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Antes de tudo, é importante mencionar que a regra para a produção de prova é que seja relegada ao autor. Consoante já mencionado alhures, a regra inserta no art. 373 do Novo CPC prevê que cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou, em outras palavras, deve provar a matéria de fato que traz em sua petição inicial.

Insta mencionar que, nas lições de Neves²⁶⁴:

Caso o réu alegue por meio de defesa de mérito indireta um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, terá o ônus de comprová-lo. A simples negação do fato alegado pelo autor não acarreta ao réu o ônus da prova. O ônus da prova carreado ao réu pelo art. 373, II, do Novo CPC só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido de seu ônus probatório, porque o juiz só passa a ter interesse na existência ou não de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, após se convencer da existência do fato constitutivo desse direito do autor.

Em relação ao réu, “[...] também o ordenamento processual dispõe sobre ônus probatórios, mas não concernentes aos fatos constitutivos do direito do autor.”²⁶⁵. Não se trata de tentar desconstituir as provas trazidas pelo autor, mas poderá desconstituí-las como falsas ou não passíveis de provar o alegado, ao passo em que, “[...] caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor comprove a veracidade de tais fatos.”²⁶⁶. Sendo assim, “[...] a situação prejudicial não se dará em consequência da ausência de produção de prova pelo réu, mas sim pela produção de prova pelo autor.”²⁶⁷.

Há, portanto, de regra, a incumbência de que a comprovação tenha que ser feita por quem a alegou. Em outras palavras, “se no momento de proferir a decisão de mérito o juiz verifica que alguma alegação não está suficientemente provada, deve proferir decisão contrária a quem a tenha feito.”. Desse modo, Câmara aduz ainda

²⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Judivm, 2016. p. 999.

²⁶⁵ Ibidem, p. 998.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Ibidem.

que essa é “[...] a razão pela qual também há muitos séculos se afirma que alegar e não provar é como não alegar (*allegatio et non probatio, quase non allegatio*).”²⁶⁸.

Os requisitos, portanto, para que seja feita a dinamização do ônus da prova estão diretamente relacionados à busca do meio mais eficaz para o deslinde do litígio posto em juízo, considerando que, conforme visto, até mesmo nas ações consumeristas a regra da inversão não tem caráter absoluto. Desse modo, a prova deverá ser produzida por quem tem mais capacidade geral de fazê-la, independentemente de ser autor ou réu. A divisão das responsabilidades em direitos e deveres dentro do processo sofrem inevitável modulação (dinamização) quando se trata de provas a serem produzidas. Acrescenta a esse entendimento o fato de que:

Apesar de o art. 373, § 1.º, do Novo CPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova “de modo diverso”, naturalmente a regra trata da inversão do ônus da prova, até porque, sendo este distribuído entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal. Tanto assim que o dispositivo expressamente se refere aos casos previstos em lei como umas das hipóteses da fixação “de modo diverso”, e esses casos são justamente os de inversão do ônus da prova²⁶⁹.

Em sede de análise dos dispositivos em vigor, o NCPC traz como inovação a possibilidade do sistema de distribuição dos ônus probatórios, criando-se um sistema misto em que a doutrina corrente já havia se manifestado mesmo antes da aprovação do novel. Assim, caberá ao juiz avaliar o caso concreto e verificar a necessidade de promover a dinamização, pois, diante de eventual inércia, as regras de distribuição do ônus da prova vigentes permanecerão tal como descritas no CPC.

O que se entende dessas lições é que “[...] o que se tem aí é a previsão da possibilidade de uma redistribuição dos ônus probatórios por decisão judicial (*ope iudicis*), [...]”²⁷⁰. Deverá ser realizada “[...] sempre que o juiz verificar que o encargo recai sobre parte que não teria condições de produzir a prova (por ser impossível ou excessivamente difícil obtê-la).”²⁷¹.

²⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 252.

²⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Judivm, 2016. p. 999.

²⁷⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

²⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit.

Por esta razão, “consagra-se legislativamente a ideia de que deve ter o ônus da prova a parte que apresentar maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo.”, consoante aduz Neves. Ele ainda acrescenta que:

Interessante e elogiável a vedação a essa inversão contida no § 2.º do dispositivo ora comentado, proibindo-a sempre que possa gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. A norma é elogiável porque a técnica de distribuição dinâmica da prova não se presta a tornar uma das partes vitoriosa por onerar a parte contrária com encargo do qual ela não terá como se desincumbir²⁷².

O critério de facilidade para produção da prova é, portanto, técnico e não pode ser econômico, sob pena de macular seu objetivo. Ressalte-se, em consonância com as lições de Theodoro Júnior²⁷³ que ao inovar o regime das cargas legais da prova, “[...] o juiz deverá fazê-lo em decisão fundamentada, em que demonstre, com adequação, a ocorrência de um dos requisitos objetivos do § 1º do art. 373 do NCPC.”. Essa análise técnica feita pelo magistrado permite entender que “o sistema da redistribuição dinâmica da carga probatória adotado pelo novo Código corresponde a um aprimoramento adequado à função do moderno processo justo e não se reverte de caráter discricionário.”²⁷⁴.

A sistemática inovadora de distribuição do ônus da prova submergiu no ordenamento jurídico processual para que houvesse maior amplitude na possibilidade de produção da prova e não para eleger vencedores e vencidos.

5.3.1 Impossibilidade de produção da prova

Existem situações em que, embora a parte a quem incumbe o dever de produzir prova deseje produzi-la, está ou totalmente ou momentaneamente impossibilitada de fazê-lo. O exemplo ilustrativo e genérico serve para indicar em que momento haverá a verdadeira impossibilidade de produção da prova, que num contexto bem amplo, poderá recair sobre qualquer uma das partes, ainda que se

²⁷² NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Judivm, 2016. p. 999.

²⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 890-891.

²⁷⁴ *Ibidem*.

trate de uma relação consumerista, em que a inversão do ônus é praticamente automática, embora sejam aceitas modulações.

Mas o que se quer dizer com isso é que nem sempre aqueles que são responsáveis ou que necessitam da produção da prova se veem capazes de produzi-la. Por esta razão, é necessário que seja feita a dinâmica de distribuição do ônus, à luz do que preceitua o NCPC. Não se pode esquecer que:

Conforme já mencionado, apesar de o art. 373 em seus dois incisos repetir as regras contidas no art. 333 do CPC/1973, em seu § 1.º permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa.²⁷⁵

É dizer que ao magistrado cabe certa sensibilidade na análise do caso concreto, a fim de que não pratique atos que se mostrem mais prejudiciais ao processo do que a situação do *status quo*. Há casos em que a parte se vê em situação que não lhe permite produzir a prova, embora legalmente seja dela o dever de produzi-la. No contexto do que preceitua o art. 373 do CPC em vigor, a distribuição do ônus da prova, “[...] diferentemente da forma ordinária prevista no *caput*, I e II, ou seja, a exceção ou forma extraordinária, a ‘*distribuição diversa*’ está umbilicalmente ligada a três fatores, independentes e suficientes entre si [...]”²⁷⁶.

O primeiro deles diz respeito à impossibilidade da parte de cumprir o encargo, que representa um caso típico de inversão do ônus da prova, mas Neves faz a ressalva de que a dificuldade reside “[...] no enquadramento subjetivo do juiz de definir quando seja impossível a parte cumprir o encargo do ônus da prova, o que demandaria redirecionar o ônus para outra parte.”²⁷⁷. O espeque dado ao caso aponta para subjetividade do juiz, ou seja, no seu alvedrio na análise do caso.

²⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Juvim, 2016. p. 999.

²⁷⁶ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de. **A dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo CPC**. In: A prova cível: elementos para a convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (coords). Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 115.

²⁷⁷ *Ibidem*.

Portanto, para que seja possível averiguar se a parte pode ou não produzir a prova e, desse, modo, promover a alteração do ônus da prova, de acordo com Theodoro Júnior²⁷⁸:

[...] o juiz pode se valer, objetivamente, das peculiaridades da causa, ou, subjetivamente, do comportamento da parte, que cria obstáculos ao adversário para comprovação dos fatos relevantes à sua defesa (conduta contrária à boa-fé e lealdade processuais). Na primeira hipótese, duas situações podem recomendar a atribuição do ônus da prova de modo diverso do legalmente estabelecido de maneira estática: (a) a parte que ordinariamente tinha o encargo da prova acha-se diante da impossibilidade ou de excessiva dificuldade de cumpri-lo, no caso dos autos; (b) a parte que ordinariamente não tinha o encargo da prova se acha, no caso dos autos, em condição de “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

Do mesmo modo, na segunda hipótese apontada por Almeida²⁷⁹, a avaliação da excessiva dificuldade da parte em cumprir o encargo estará à mercê da subjetividade do juiz, que deverá definir qual será a excessiva dificuldade da parte em produzir a prova. Num terceiro caso, “a maior facilidade de obtenção da prova de fato contrário, também é caso de pura avaliação subjetiva do juiz, o que enseja todas as situações postas imediatamente acima.”, conclui Almeida²⁸⁰.

Por menção expressa do art. 1.015, XI do Código de Processo Civil, contra decisão interlocutória que redistribua o ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º, caberá agravo de instrumento. Desse modo, quando a parte contra quem recai a redistribuição do ônus sentir-se prejudicada, poderá interpor agravo de instrumento, cujo intento do legislador reflete a sensibilidade da questão e a possibilidade de ser questionada por ambas as partes, dada a subjetividade que permeiam as decisões.

À luz do exposto, o artigo 373, § 1º, de acordo com as lições de Câmara²⁸¹, demonstra que:

A questão é que em alguns casos é muito difícil ou até mesmo impossível para uma das partes produzir determinada prova e, como

²⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 895.

²⁷⁹ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de. **A dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo CPC**. In: A prova cível: elementos para a convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (coords). Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 115.

²⁸⁰ Ibidem.

²⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 253.

é dela o ônus probatório, a parte adversária estabelece como estratégia simplesmente nada fazer, nenhuma prova produzir, sabendo que a insuficiência de material probatório levará a um resultado que lhe será favorável (e, evidentemente, desfavorável à parte sobre quem recaía o ônus da prova).

De um modo geral, existirão casos em que a verificação da capacidade probatória transponha a mera análise superficial do caso, pois, invariavelmente, haverá situações em que a decisão do juiz deverá plainar sobre a objetividade. A manutenção do princípio da cooperação e da boa-fé, no caso citado, permite que haja um sutil deslocamento da subjetividade para uma análise objetiva.

De acordo com Câmara, “[...] todos os sujeitos do processo devem atuar juntos para a produção de um resultado constitucionalmente legítimo, dando-se ao caso concreto a solução correta, [...]”²⁸², que, muitas vezes, “[...] é perfeitamente possível estabelecer que, verificando o juiz a dificuldade (ou impossibilidade) de uma das partes desincumbir-se de seu ônus probatório, [...]”²⁸³, numa análise subjetiva, “[...] se promova uma redistribuição do encargo, de modo a atribuir o ônus da prova à parte que a princípio não o teria.”²⁸⁴. Nas palavras de Neves²⁸⁵:

A inversão convencional decorre de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo, nos termos do § 4º do art. 373 do Novo CPC. Essa forma de inversão tem duas limitações previstas pelo § 3º do artigo suprarreferido, que prevê a nulidade dessa espécie de inversão quando: (i) recair sobre direito indisponível da parte; (ii) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Essa segunda limitação legal é aplicável nas hipóteses de inversão do ônus probatório diante da alegação de fato negativo indeterminado, cuja prova é chamada pela doutrina de “prova diabólica”.

Porém, consideradas todas as premissas aqui aventadas, é possível dizer que o emprego da técnica da distribuição dinâmica não é discricionário. Theodoro Júnior aponta²⁸⁶:

²⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 891.

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Judivm, 2016. p. 1001.

²⁸⁶ Ibidem.

A quebra do sistema estático do ônus da prova não se dá segundo o juízo de conveniência e oportunidade feito pelo magistrado no caso concreto. O novo Código estatui que o emprego da redistribuição dinâmica da carga probatória está sujeito a requisitos legais que são objetivos e escapam, portanto, do subjetivismo do juiz, quais sejam: (a) impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos estáticos da lei; ou (b) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, por parte daquele a quem a lei ordinariamente não impunha o ônus da prova.

Tudo isso influencia para que possa chegar-se a um ponto em que não haverá possibilidade de produção da prova, conforme exposto nesse tópico. A manutenção dos princípios básicos que norteiam o processo civil, nesse sentido, permite que haja um equilíbrio para que não se torne um ônus excessivo a uma das partes prestes a sofrer uma desmedida improcedência do pedido formulado.

Por esta razão, consoante Theodoro Júnior “restringindo-se a permissão da lei às hipóteses objetivas de impossibilidade ou excessiva onerosidade na produção da prova, ou na maior facilidade da prova do fato arguido pela defesa, [...]”. Aduz ainda o autor que “[...] o sistema da redistribuição dinâmica da carga probatória adotado pelo novo Código corresponde a um aprimoramento adequado à função do moderno processo justo e não se reverte de caráter discricionário.”.

Assim, pode ocorrer que, ou pela subjetividade da decisão do magistrado (mas não discricionariedade) ou pela inércia da parte ao perceber que a produção da prova beneficiaria seu oponente, ou mesmo pela impossibilidade de produção da prova, ao menos naquele momento, traz as alternativas apontadas nesse tópico. O que se busca é o resultado harmonioso do processo, mesmo que haja vencedor e vencido, um processo justo.

Cabe ainda mencionar que a impossibilidade de produção da prova permeia as definições do que seja prova diabólica, que de acordo com Bueno²⁸⁷, é “aquela impossível ou excessivamente difícil para uma das partes (a prova negativa de um fato inespecífico, como, por exemplo, nunca ter estado em um determinado lugar)”. Nesse espeque, o §2º do art. 373 veda a possibilidade de que a qualquer das partes seja atribuído o encargo de produzir uma prova impossível.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em decisão monocrática acerca de uma outra impossibilidade de produção de prova, a qual se consubstancia na

²⁸⁷ BUENO, CASSIO SCARPINELLA. **Manual de Direito Processual Civil**. Saraiva Educação, 2018. p.313.

produção de prova contra si mesmo. Trata-se de uma hipótese em que a parte não pratica ato anti-colaborativo, nem tampouco desleal ou de má-fé no processo. A parte apenas abstém-se de comprometer-se com seu próprio julgamento. O acórdão colacionado abaixo traz diversas lições acerca do tema tratado nesse tópico:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.898 - SP (2019/0082628-9) [...] DECISÃO. [...] "Direito Ambiental - Ação civil pública - **Inversão do ônus da prova - Insurgência - Alegação de confronto com a regra do art. 373, caput, do CPC - Aplicação subsidiária do art. 6º, VIII e art. 17 do CDC, tendo em vista os princípios da prevenção e precaução – [...] "a dinamização do ônus da prova, *in casu*, implica em última análise na imposição aos recorrentes da produção de prova contra si mesmos, o que é vedado pelo princípio de direito penal *nemo tenetur se detegere* (o direito de não produzir prova contra si mesmo, expresso no artigo 5º, LXIII da CF) [...] É cediço que o princípio da precaução se desenvolve nas ações judiciais sejam elas individuais ou coletivas, com a finalidade de tutelar os bens ambientais e quando houver **hipossuficiência técnica acerca de determinadas matérias, servindo assim como respaldo para a inversão do ônus da prova** sempre em favor do meio ambiente. [...] Por seu turno, o **Colendo Superior Tribunal de Justiça tem admitido a inversão do ônus da prova nos casos de empresas ou empreendedores acusados de danos ambientais, corroborando o entendimento de que cabe ao próprio acusado de provar que a sua atividade não ensejou risco ao meio ambiente. (...) As regras do direito processual civil comuns de distribuição do ônus probatório, invocadas neste recurso pela recorrente, são inadequadas ao processo ambiental, em razão de tudo o que foi exposto, além do bem jurídico tutelado.** [...] Brasília (DF), 07 de maio de 2019. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES Relatora (Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, 10/05/2019). (grifos postos)²⁸⁸**

Para além de qualquer hipótese, “ressalte-se que o encargo probatório dinâmico não se dá, ordinariamente, em relação ao fato constitutivo da pretensão da parte contrária.”. Isto porque, de acordo com Theodoro Júnior²⁸⁹, “[...] refere-se à defesa daquele que estaticamente não teria o ônus de prová-la, mas que as circunstâncias particulares da causa justificam a exigência de fazê-lo, [...]”,

²⁸⁸ BRASIL. **STJ**. Agravo em Recurso Especial n. 1.473.898 - SP (2019/0082628-9). Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. Julgado em 07/05/2019. Publicado em: 10/05/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoas/toc.jsp?livre=DINAMIZA%C7%C3O+DO+%D4NUS+DA+PROVA&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC2>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

²⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 891.

considerada a dificuldade extrema da parte *ex adversa* em demonstrar a improcedência ou não da questionada defesa.

5.3.2 Desigualdade econômico financeira e/ou técnica

Dentro da capacidade de produção da prova no contexto do processo civil, existe ainda a hipótese em que entre as partes haja uma delas que possua maior predisposição econômica para cumprir o encargo. É diante de situações como esta, um desdobramento da impossibilidade de produzir a prova por uma das partes, que poderá haver a distribuição dinâmica do ônus probandi.

Pela distribuição estática do ônus da prova pode ocorrer que a parte incumbida de produzi-la não pode fazê-la por total impossibilidade, e, de acordo com a regra clássica, esta parte poderá se tornar vítima de um resultado desfavorável em relação à demanda.

Contudo, caso o magistrado saiba da verdade real, e verificado que a outra parte possui condições de prestá-la, poderá haver a dinamização do ônus da prova, ou mesmo que a parte a quem aproveitar o resultado possa prestá-la espontaneamente. Isso decorre do dever de colaboração das partes, que, consoante assevera Pires²⁹⁰ “[...] não se confundem com o ônus, mas se aplicam à fase probatória, já que as partes devem contribuir com o Judiciário na reconstituição dos fatos em discussão, seja mediante esclarecimentos, seja cumprindo as ordens judiciais [...]”.

Tudo isso está assentado na premissa de que a busca pela verdade pelas partes e pelo magistrado dependerá da conduta delas em colaborar com o processo, e, desse modo, com a produção de determinada prova. A não criação de óbices também se encaixa nessa conduta, de modo que sejam claros e leais entre as partes e possam ser compreensíveis perante o magistrado.

Como na grande maioria das vezes o processo civil se dá entre particulares, a capacidade econômica permeia a possibilidade pessoal das partes ou a pessoa jurídica, dentro da qual, repisa-se, deve-se buscar um processo justo, mesmo que

²⁹⁰ PIRES, Cristiane Pedroso. **Distribuição Dinâmica do ônus da prova**. Dissertação de Mestrado apresentada no programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014. p. 68.

dela decorra a improcedência do pedido para uma delas. A convenção das partes no que toca a possibilidade do art. 373, § 3º, I e II e 4º:

[...] acerca da possibilidade da inversão do ônus a prova ocorrer por convenção das partes, que pode ser celebrada antes e durante o processo, com exceção de que não poderá recair sobre direito indisponível da parte, nem tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito²⁹¹.

Portanto, ainda que a parte possua a capacidade econômica de produzir a prova, não lhe é exigido que o sacrifício seja de tal modo oneroso ou que toque direito indisponível. A recepção pelo Código de Processo Civil do instituto do Negócio Jurídico delineado supra, no qual as partes possuem liberdade de decidir os limites da produção da prova, “[...] antes ou durante a atividade processual, mas, desde que restritas a direito indisponível e que não se torne excessivamente difícil a produção da prova por aquele que ficou obrigado.”²⁹².

Quando se verifica que entre as partes há desigualdade financeira e/ou técnica, poderá haver a inversão do ônus da prova, caso esta, que era de interesse do autor, passe a ser de interesse do demandado, que poderá adiantar espontaneamente as despesas, repercutindo na responsabilidade no seu custeio. No entanto, a atitude de inversão deve ser espontânea, cuja escolha reflete um benefício que será gozado pelo custeante no processo. Aponta Pires²⁹³:

Há quem defenda que por meio da dinamização também seja possível impor à outra parte o custo da prova. Não que referida imposição representa a teoria dinamização do ônus da prova. Não representa. No entanto, a distribuição dos custos do processo, também é permitida pelo magistrado junto com a dinamização dos encargos probatórios, mediante decisão fundamentada. Além disso, é imprescindível que os custos a serem impostos para outra parte estejam relacionados com a prova dos fatos sobre os quais foi aplicada.

²⁹¹ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de. **A dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo CPC**. In: A prova cível: elementos para a convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (coords). Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 118.

²⁹² Ibidem

²⁹³ PIRES, Cristiane Pedroso. **Distribuição Dinâmica do ônus da prova**. Dissertação de Mestrado apresentada no programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014. p. 62.

Buscando tornar o processo mais justo, é possível também que haja a divisão das despesas processuais, consoante se observa no julgado abaixo colacionado:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.613.664 - SP (2014/0207367-4)
RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO [...] RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS DE PERITO. PROVA DETERMINADA DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 19, § 2º, DO CPC/73. 1 - O ÔNUS DO ADIANTAMENTO DAS DESPESAS DOS HONORÁRIOS DO PERITO É DE QUEM APRESENTA A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE , POIS A ELE APROVEITA A PROVA. [...] Ônus financeiro da prova. Perícia contábil determinada de ofício. Honorários provisórios do perito contador que devem ser adiantados exclusivamente pela excipiente, responsável pela instalação do incidente e a quem a prova interessa, observada a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação que decorre do título executivo. Inteligência dos artigos 19, § 2º e 33, "caput", ambos do CPC. Determinação de rateio dos honorários periciais provisórios entre as partes. [...] Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial tão somente para afastar a multa do art. 557, § 2º, do CPC/73. Intimem-se. Brasília (DF), 10 de novembro de 2017. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO Relator. (STJ - REsp: 1613664 SP 2014/0207367-4, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 20/11/2017) (grifos postos)²⁹⁴

O que se vê, diante dessas hipossuficiências, é que a dificuldade da prova pode atingir ambas as partes, e relaciona-se não apenas com a incapacidade financeira, mas também em razão de deficiências sociais, culturais e hierárquicas. Consoante atesta Grinover²⁹⁵ “aqui o que vale para a facilitação da defesa, tanto de um como do outro, é a vulnerabilidade de ambos, com o alcance já enfocado supra e também quando se comentou o art 4º, inc. I.”.

Com maestria, a mesma autora²⁹⁶ faz o seguinte apontamento:

A lei, como ressabido, não contém palavras inúteis. E o legislador quis, certamente, não apenas deixar claro que a inversão do ônus da prova é faculdade do juiz, balizada, por um lado, pela verossimilhança da alegação do autor, porque é vulnerável, ou, então,

²⁹⁴ BRASIL. STJ. Resp: 1613664 SP 2014/0207367-4. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Publicação: DJ 20/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522189906/recurso-especial-resp-1613664-sp-2014-0207367-4?ref=serp>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

²⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Direito Material. vol. 1. São Paulo: Forense, 2011. p. 165.

²⁹⁶ Ibidem. p. 166.

alternativamente, porque é hipossuficiente, não podendo arcar com as custas do processo e, sobretudo, com o pagamento de honorários de um perito.

Deste modo, a dificuldade ou impossibilidade de um lado, e a situação contrária do outro, é motivo bastante para dinamizar o ônus da prova, ou reparti-la, conforme o caso. Porém, caso ambas as partes não tenham condição de prestá-la, evidencia-se a incapacidade econômica ou técnica, que deve ser minimizada com a possível dinamização. Só é possível que haja, portanto, quando a uma das partes for possível suportar o ônus, ou que se imiscua no intento, voluntariamente.

5.3.3 Dever de informação e aplicação do ônus da prova

Atentando-se ao disposto nos abaixo citados parágrafo 2º do artigo 357 e parágrafo 4º do artigo 373, ambos do Código de Processo Civil²⁹⁷, tem-se o negócio jurídico processual, entendido como a liberalidade conferida às partes para, consensualmente, antes ou durante o processo, para balizar os pontos que constituem questões de fato e de direito acerca das sobre incidirão o ônus da prova e as questões relevantes para o deslinde do processo a serem levadas a conhecimento do juiz, vinculando-se, em caso de homologação, todos os sujeitos processuais.

Como bem lembra Fredie Didier Júnior²⁹⁸:

A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida. A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com o negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão.²⁹⁹

De fato, o negócio jurídico, objeto do presente estudo, que se relaciona com a autonomia da vontade e com a escolha na estruturação do conteúdo da relação

²⁹⁷ BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

²⁹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 139.

²⁹⁹ Ibidem.

jurídica, deixa evidente a valorização da autonomia da vontade das partes em matéria processual neste Novo Código de Processo Civil, apelidado de “código das partes”.³⁰⁰

Para Rodolfo Afonso Loureiro de Almeida³⁰¹:

Trata-se, no caso, de recepção pelo Código de Processo Civil do instituto do Negócio Jurídico Processual, onde e quando, as partes têm liberdade para decidir os limites da atividade probatória, antes ou durante a atividade processual, mas, desde que restritas a direito disponível e que não torne excessivamente difícil a produção de prova por aquele que ficou obrigado.³⁰²

No mesmo sentido é a doutrina de Didier Júnior:

É passível de invalidação, entretanto, a convenção sobre o ônus da prova quando: a) recair sobre direito indisponível da parte (artigo 373, §3º, I); b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, §3º, II). Esse negócio jurídico, então, pode ser realizado tanto extrajudicialmente, como judicialmente, após o início do processo.³⁰³

Além disso, pelo Enunciado 37, aprovado no Seminário do Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil (ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), “são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.”³⁰⁴. Evidentemente que esse campo de aplicação do Negócio Jurídico

³⁰⁰ VENDRAMINI, Bruno. **O negócio jurídico processual no Novo Código de Processo Civil**. Disponível em <<https://brunovendra.jusbrasil.com.br/artigos/315807487/o-negocio-juridico-processual-no-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em 1º abr. 2018.

³⁰¹ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de [et.al.] **A prova cível: elementos para a convicção judicial**. Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 122.

³⁰² Ibidem.

³⁰³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 140.

³⁰⁴ JORGE NETO, Francisco Ferreira. **As provas e ônus dinâmico no NCPC e seus desdobramentos para o processo do trabalho**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/10/as-provas-e-onus-dinamico-no-ncpc-e-seus-desdobramentos-para-o-processo-do-trabalho/>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

Processual ainda é novo no processo civil brasileiro, até então muito formalista, que ensejará muita discussão até o estabelecimento de uma diretriz segura.”³⁰⁵

Nesse contexto, e procurando analisar o momento do cumprimento do ônus da prova, o tópico a seguir delineará as principais características dessa fase processual, considerando averiguar o dever de lealdade das partes, e do magistrado o dever de agir sempre conforme a lei e guiado pelos princípios da equidade e proporcionalidade. José Carlos Barbosa Moreira³⁰⁶ sobre o critério para aplicação do princípio da proporcionalidade leciona que os aspectos que devem ser valorados pelo magistrado em determinada situação são:

A gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado, outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida.

Sendo que tais incertezas naufragam na magnitude de sopesar os valores em jogo, não podendo ter uma resposta parametrizada, ao qual o caso em tela e minuciosa análise do magistrado traçam um equilíbrio ou desequilíbrio dentre os valores em questão. Ressaltasse que o processo tem como finalidade em atender o direito material e a depender do caso poderá se optar a valorar a verdade real a cargo da proibição da admissão da prova ilícita. Marinoni e Mitidiero, “a valoração da credibilidade e da eficácia da prova atípica ter particular importância, uma vez que o juiz deve considerar esses elementos para decidir (raciocínio decisório) e para justificar racionalidade a sua decisão (raciocínio justificatório), sendo que a explicação desses elementos na justificativa é fundamental para que as partes possam controlar a tarefa jurisdicional”.³⁰⁷

À guisa de complementação acerca das provas atípicas, Lopes³⁰⁸ aponta:

³⁰⁵ ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de. **A Prova Cível: Elementos para a convicção judicial**. Campo Grande: Contemplar, 2018. p. 124.

³⁰⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Temas de direito processual, pp. 109-110.

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. p. 320.

³⁰⁸ LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 05, n. 05, p. 389-402, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

Pelo princípio da tipicidade, só são admitidos os meios de prova previstos na legislação. Tal orientação, como vimos, foi adotada no Código de 1939 e no Código Civil de 2002. Em sentido oposto, o princípio da atipicidade, acolhido no Código de 1973, significa admissibilidade de todos os meios de prova (previstos, ou não, na legislação, desde que moralmente legítimos). Assim, o sistema abarca não só as provas típicas, mas também as atípicas.

Lembre-se, por último, para que seja utilizada tal prova deverá se considerar o contexto da referida necessidade, ao qual deverá ser considerado veracidade da alegação, magnitude da lesão e não existindo outros meios para que possa se provar tais fatos. Assim tende que tal prova ilícita seja admitida em um processo.

Importante destaque que na fase de saneamento e organização do processo conforme artigo 357 do Código de Processo Civil³⁰⁹, visa “sanear e organizar o processo em questão, a fim de: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento”³¹⁰.

Coordenasse todas as possibilidades dentro de um processo, ou seja, limitação das necessidades em que as partes desejam exercer a atividade probatória administrasse provas diante da necessidade do caso em tela, sendo essa uma importante fase.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “após determinar, quando cabíveis, as providências preliminares, o juiz deverá verificar se estão presentes as hipóteses de julgamento imediato do processo, quando, então, proferirá sentença processual ou de mérito, nos termos dos arts. 354, 355 e 356 do NCPC³¹¹. Se não for esse o caso, deverá analisar se há, ainda questões processuais pendentes a serem resolvidas, determinará intimações das partes para o início da instrução. Fará isso

³⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ Ibidem.

por meio de decisão de saneamento e organização do processo a que se refere o art. 357 do NCPC.³¹²

Neste sentido não se vislumbra a necessidade de se estabelecer diálogo com as partes em audiência. Entretanto com exceção ao estabelecido no §3º, do art. 357, caso seja apresentado com um caso complexo em matéria de fato ou de direito, socorresse ao princípio da cooperação do artigo 6º do Código de Processo Civil³¹³, no sentido de se exercer o princípio da cooperação em audiência.

Ou seja, dada determinação visa em proteger a não surpresa por uma decisão que a parte não teve oportunidade de exercer o contraditório. Assim qualquer convenção processual, deve ser realizada antes da fase instrutória. De forma muito simplória, as regras do jogo devem ser determinadas e combinadas antes do jogo, com o fim de se evitar qualquer injustiça ou nulidade perante de eventuais surpresas ao final do “jogo”. Ou seja, as partes devem ter ciência prévia do caminho probatório a ser adotado no referido procedimento.

O art. 10 do NCPC contém um princípio importantíssimo, que se convencionou chamar de “não-surpresa”³¹⁴:

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.”

O NCPC, exatamente neste sentido, e também coroando a perspectiva do ônus da prova como regra de instrução, prevê em seu artigo 357 que na decisão de saneamento e de organização do processo, o magistrado deve definir a distribuição dinâmica do ônus da prova. Assim, de acordo com o NCPC, a decisão de saneamento do processo seria o momento sugerido para a definição da distribuição do ônus da prova.

Caso o juiz, por exemplo, após a leitura da petição inicial e da contestação, já tenha condições de aferir se estão presentes as condições legais para a atribuição

³¹² WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBERIO Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 691.

³¹³ Ibidem.

³¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

dinâmica do ônus da prova, parece plausível que ele deve, desde logo, já decidir se aplicará o parágrafo primeiro do artigo 373 do NCPC; não precisando, para tanto, aguardar a fase de saneamento do processo. Por outro lado, caso, no decorrer da instrução, pareça mais clara ao magistrado a presença dos requisitos da atribuição dinâmica do ônus da prova, mostra-se plausível, desde que observadas as normas fundamentais do NCPC, que seja determinada a dinamização do ônus da prova.

O mais importante é que o magistrado não venha a permitir que a fase de instrução do processo ocorra e finalize sem que as partes estejam claramente conscientes se houve – ou não – a atribuição dinâmica do ônus da prova, de modo a evitar-se que apenas sejam comunicadas da dinamização do ônus da prova na sentença, o que é absolutamente vedado pelo devido processo legal e pelo NCPC, o qual não permite o modelo das "decisões surpresa".

6 FUNDAMENTOS DA APLICABILIDADE DA DINAMIZAÇÃO

As regras de produção de prova até então praticadas previam uma imposição estática do ônus, não necessariamente como um encargo, mas como uma forma de alcançar um resultado útil do processo. É sabido que dentre as hipóteses legais de atribuição de ônus, existem aquelas em que essa prerrogativa é invertida no caso concreto, a fim de atingir exatamente o status de equilíbrio entre as partes e seus respectivos direitos.

Nesse sentido, aduz Couto³¹⁵ que:

[...] com clareza que em muitas circunstâncias essa distribuição rígida do ônus da prova aumenta a desigualdade já existente entre as partes, ao invés de equilibrá-la, fecha as portas do Poder Judiciário ao invés de implementar seu livre e amplo acesso, o que compreende o ingresso em juízo, o desenvolvimento e conclusão da demanda em conformidade com o devido processo legal [...]

Ferreira³¹⁶, no entanto, aponta que a regra geral de atribuição do ônus da prova não foi alterada. Isto porque a previsão existente no CPC/73 dava conta de que ao autor é atribuído o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, mantido no CPC/15. Ao mesmo tempo, ao réu caberia o encargo de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Sobre esse ponto, aduz Ferreira³¹⁷ que a referida sistemática de atribuição do ônus da prova, no Brasil já há muito tempo adotada, “[...] decorre diretamente do processo civil dispositivo vigente, em que são as partes que dão impulso ao processo e devem demonstrar a veracidade de suas alegações.”

Para se alcançar o aludido ponto de equilíbrio, as partes precisam colaborar entre si e com o processo, e o magistrado precisa estar sensível às deformações que podem comprometer esse tal resultado útil. Por esta razão, a aplicabilidade da

³¹⁵ COUTO, Camilo José D’ávila. **Dinamização do ônus da prova**. Teoria e prática. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-graduação *strictu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011. p. 251.

³¹⁶ FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 971, n. 01, p. 1-13, jan./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.971.12.PDF. Acesso em: 28 jun. 2019. p. 05.

³¹⁷ *Ibidem*.

dinamização do ônus, para além das ações de cunho consumerista, retrata a tentativa do legislador processual civil na busca pela efetividade dos mandamentos processuais aplicados ao caso concreto.

Consoante assevera Pires³¹⁸, “a dinamização das cargas probatórias, quando necessárias no caso em concreto, pode servir como estímulo de cooperação das partes na colheita da prova.”. A autora aponta ainda que “assim é que se torna maior ou menor a colaboração das partes de acordo com a estrutura da atividade probatória.”. Essas colaborações são corroboradas pelas garantias constitucionais do devido processo legal, que permeia todas as relações processuais existentes no ordenamento jurídico.

Veja-se que o Couto³¹⁹ aponta:

A principal justificativa científico-jurídica para a aplicação da teoria da dinamização *de lege lata* consiste na necessidade de solucionar, em âmbito técnico-jurídico, a tensão entre normas jurídicas, entre princípios e regras, i.e., solucionar o conflito existente entre determinadas garantias fundamentais constitucionais e o direito positivado processual, no que diz respeito ao dogma da distribuição do ônus da prova e suas consequências diretas e indiretas, que afligem tanto o próprio direito processual quanto o direito material.

Essas mesmas garantias revertem-se em garantias exclusivas das partes, transformando o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperativa, que deve estar indubitavelmente aliada à garantia da imparcialidade do juiz na qual se almeja que as decisões sejam minimamente subjetivas.

6.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Não há dúvidas acerca da contribuição positiva da dinamização do ônus da prova para efetividade e celeridade processuais, princípios amplamente consagrados pelo processo civil. A busca pela máxima efetividade do processo, que coincide com a busca da verdade real, embora haja quem defenda se tratar apenas

³¹⁸ PIRES, Cristiane Pedroso. **Distribuição Dinâmica do ônus da prova**. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-graduação da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014. p. 70

³¹⁹ COUTO, Camilo José D’ávila. **Dinamização do ônus da prova**. Teoria e prática. Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-graduação *strictu sensu* da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2011. p. 251.

de um indício de verdade, assim como a celeridade processual, que contribui para razoável duração do processo, são pilares importantes para início e término positivos das demandas.

Cássio Scarpinella³²⁰ aponta que a iniciativa alocada na emenda Constitucional nº 45/2004, promoveu maior aproximação do princípio da economia e eficiência processual ao princípio da efetividade, num dado momento em que referida emenda reintroduziu no ordenamento processual a ideia de que “não há como pensar no processo civil brasileiro sem levar em consideração também aquele princípio – o da razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]”. Assim, salutar destacar que o autor entende que “se trata de um direito processual civil e, portanto, inderrogável por qualquer norma infraconstitucional e que, como tal, independe de lei para ser implementado em todos os sentidos.”³²¹.

As considerações feitas pelo autor são fundamentais para que se possa entender de que modo a dinamização do ônus da prova pode promover a eficiência e contribuir para efetividade processual. Veja-se que Bueno³²² ao advertir o leitor acerca da importância dos institutos, deve-se:

[...] verificar como ‘economizar’ a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez.

A dinamização do ônus da prova, ao oportunizar às partes a produção da prova por quem tenha maior ou melhor capacidade e/ou oportunidade de prestá-la, diante do fim específico a que se presta, reflete sua importância ao agregar os princípios da efetividade e celeridade processuais. É inegável que, ao dinamizar a prova, ou seja, determinar que a parte mais próxima da capacidade de prestá-la o faça a bem do processo, diminuem a quantidade de atos processuais e inibem a propositura de novas demandas.

E não se trata apenas de economia processual entre as partes, mas evita que sejam gastos tempo e material humano, além da movimentação da máquina pública

³²⁰ BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 159.

³²¹ Ibidem.

³²² Ibidem.

judiciária. O NCPD, nesse aspecto, alinha o que estava positivado no CPC antigo e garante que ambas as partes sejam protagonistas nesse momento processual, de acordo com que reúna melhores condições de prova, e, desse modo, privilegie não só os princípios da efetividade e celeridade processuais, mas também o do contraditório e da ampla defesa.

Nesse espeque, não basta que a parte reconheça que ela seja a mais indicada para produção da prova, ela precisa se convencer que não produzi-la lhe trará prejuízos. Se do fato constitutivo, a parte que o alega deverá suportar o ônus, constituindo, conforme magistério de Marinoni (2018, p. 267), o dever de prova. Entretanto, existirão casos em que a prova se prestará a ilidir a dúvida, caso em que ambas as partes serão prejudicadas com a sua não produção. É aí que reside a necessidade de sopesar os prejuízos e manter o dever de lealdade processual. Nesse ponto reside o ônus da prova e sua enfática dinamização.

Conforme assevera Bueno³²³:

O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente, pela técnica processual é o do princípio da efetividade da jurisdição ou do acesso à justiça [...], sempre equilibrado e dosado, como bom princípio que é, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa [...]. A partir do alcance e do equilíbrio entre estes princípios é dado verificar as seguintes características fundamentais dos processos no plano infraconstitucional.

Desse modo, alinhando-se ao entendimento derradeiro, o processo e seu alcance devem ser considerados para além do que está em litígio, mas considerando todo o complexo que o envolve. Muitas externalidades podem ser alcançadas pela relação aparentemente privada das partes no processo civil. Não é demais lembrar que o Ministério Público e terceiros possam ter eventuais interesses na causa sem que sejam partes no processo. Nesse ponto, o equilíbrio das demandas, observados e buscados os princípios processuais constitucionais garantirão a todos uma atuação em igualdade de oportunidades.

³²³ BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 163.

6.1.1 Inafastabilidade da jurisdição

Jurisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.³²⁴ Sendo um instituto fundamental do direito processual civil, deve ser compreendida como a parcela de poder exercitada pelo Estado – juiz, o Poder Judiciário, a sua função típica.³²⁵

Tendo a necessidade desta aplicação substitutiva, ser feita por um terceiro imparcial.³²⁶ Ao qual, a jurisdição é a manifestação de um Poder e, portanto, impõe se imperativamente, reconstruindo e aplicando o Direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional.³²⁷

Neste sentido, em um eventual desequilíbrio nas relações sociais, se fará por necessário invocar terceiro estranho e imparcial a respectiva relação para solução do problema, com o devido respeito ao princípio processo legal e demais terceiro se utilizará dos poderes do Estado – a jurisdição para que se estabeleça a ordem nas relações civis.

A jurisdição é função criativa. Essa criatividade é ilimitada. Na verdade, mais se assemelha a uma atividade de reconstrução: recria-se a norma jurídica do caso concreto, muita vez, a própria regra abstrata que é regular o caso concreto.³²⁸ Previsto no art. 5º, inciso XXXV da CF de 1988 – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim surge em nosso ordenamento, baseado neste enunciado o princípio da inafastabilidade da jurisdição. O principal efeito desse princípio é o direito fundamental de ação.³²⁹

O exercício da função jurisdicional, pelo Estado – juiz é vocacionado à resolução de controvérsias intersubjetivas sempre que outros meios não estatais ou não jurisdicionais para aquele mesmo fim não atuarem a contento, não forme possíveis, ou, ainda, quando os interessados assim entendam ser necessário

³²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 188.

³²⁵ BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 74.

³²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit.

³²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit., p. 190.

³²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit., p. 191

³²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie, op. cit., p. 214.

independentemente de qualquer outra providência.³³⁰ O controle jurisdicional não pode evitado ou minimizado, o que decorre do princípio do acesso à justiça.³³¹

Sendo assim, o princípio do acesso à justiça deve ser garantido para a proteção da Ordem Constitucional, no sentido de expressão soberana a vontade pessoal em eventual lesão, assim sendo o Estado atrai para si a resolução de dado conflito, assim se evitando mazelas nas relações sociais.

6.1.2 Igualdade das partes

Em decorrência do princípio constitucional da isonomia, tem previsão infraconstitucional no Código de Processo Civil de 2015 no artigo Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; (...). Assim o juiz deve evitar e reprimir qualquer desvio de conduta de todo o aparelho judiciário envolvido no processo e de seus auxiliares. Sendo assegurado, tratamento igualitário quanto garantir que as partes sejam igualmente tratadas por outros partícipes do processo³³². Segundo artigo 7º do Código de Processo Civil³³³:

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

Paridade no sentido de serem viabilizadas, pelo magistrado, iguais chances aos sujeitos do processo ao logo de todo o processo.³³⁴ Ademais isonomia a citada deve estar contextualizada, sob as razões de desigualdade no plano material e/ou plano processual devem estar espelhadas, mitigando o rigor textual da palavra, ao

³³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, p. 130.

³³¹ Ibidem. p. 75.

³³² WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBERIO Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 299

³³³ BRASIL. **Lei nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

³³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella, op. cit.

qual se emprega uma lição bastante comum, a isonomia jurídica é tratar os desiguais desigualmente na exata medida de sua desigualdade³³⁵.

A depender do caso, um contexto de dificuldades excessivas para uma das partes ou até mesmo de grande vantagem, devesse se vislumbrar a possibilidade de propiciar condições de se equalizar e proporcionalizar meios para que se desvencilhem tais desequilíbrios implicitamente injustos na toada processual.

6.1.3 Direito à prova e o devido processo legal

Conforme artigo 5º, Inciso LIV da Constituição Federal³³⁶ - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.³³⁷

A doutrina identifica o fenômeno de submissão do direito infraconstitucional à Constituição Federal de várias maneiras, conforme sua área de incidência.³³⁸. Trata-se de um modelo, um método de manifestação de atuação do Estado-juiz a um padrão de adequação aos valores que a Constituição Federal de 1988 impõe a atuação do Estado e em conformidade com aquilo que, dadas as características do Estado brasileiro, esperam aqueles que se dirigem ao Poder Judiciário obter uma resposta.³³⁹

A locução “devido processo legal” corresponde á tradução para o português da expressão inglesa “*due process of law*”. Porém para o ordenamento jurídico brasileiro, *law* significa direito, e não lei. Ao qual o processo deve estar em conformidade com o direito em sentido amplo, e não estritamente a lei.³⁴⁰. A grosso modo, seria um manual de condutas que deve ser seguido e respeito por todos os

³³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 110.

³³⁶ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.

³³⁷ NEY JUNIOR, Nelson. Princípio do Processo na Constituição Federal, 12º edição. p.106

³³⁸ Ibidem. p.106

³³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella, op. cit., p. 51.

³⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 87

sujeitos de direito, sob pena de anulação, sendo uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder.³⁴¹

Neste sentido, é um dever do Estado zelar por um procedimento, ao qual ambas as partes possuem conhecimento de como proceder nas vias de autor/réu em uma suposta pretensão resistida.

6.1.4 Visão cooperativa do processo e a produção da prova

Segundo o artigo 6º do Código de processo civil: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justo e efetiva.”³⁴². Ou seja, em uma leitura mais detalhada do referido artigo, notamos que “todos os sujeitos do processo deve cooperar”.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, “esta participação, colaboração ou cooperação devem ser compreendidas na perspectiva de as partes e eventuais terceiros intervenientes conseguirem influenciar a decisão do juiz.”³⁴³. Importante salientar que, o modelo de processo estabelecido no Código de Processo Civil de 2015, está intimamente em harmonia com a Constituição Federal de 1988, ao qual inequivocamente adotou um “processo cooperativo”, tendo por objetivo fim: a prestação da tutela jurisdicional.³⁴⁴

No sentido de limitar a cooperação, devemos nos atentar a compreensão de que todos os sujeitos processuais, cada qual nas especificidades decorrentes de seu mister institucional (advogados, dentro da ética e do ordenamento jurídico, defenderão os interesses que lhe são confiados por seus clientes; membros do Ministério Público, observados os mesmos quadrantes, atuarão em prol dos interesses que justificam sua intervenção no processo civil), são meio essencial para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional para quem, na perspectiva do direito material, merecê-la (que é, em última análise, o fim do processo).³⁴⁵

³⁴¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 87.

³⁴² BRASIL. **Lei nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

³⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 53

³⁴⁴ Ibidem.

³⁴⁵ Ibidem.

Em suma, podemos concluir que a inovação trazida no Código de Processo Civil de 2015, com o “princípio da cooperação” não se traduz na ideia em que os advogados devem cooperar entre si para resolução do litígio, assim deixando de lado os interesses de seus clientes, o que seria colocar um fim na defesa dos interesses de quem lhe é confiado.

6.2 APLICAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA

A dinâmica que envolve as atividades processuais na verificação e produção da prova tem importância de acordo com o caso a ser deslindado, de acordo com a questão de fato que se queira alcançar. Visto isso, é praticamente impossível existir um processo que não haja qualquer elemento fático provado, por mínimo que seja. Nesse sentido, os tribunais tem se manifestado no sentido de dar mais efetividade à norma e permitir que a dinamização seja uma ferramenta cada vez mais eficaz.

O juiz, ao decidir, considera os fatos alegados, pertinentes ou comprovados ou dispensados de prova, mas é indispensável que haja um mínimo *probandi* para levar ao seu convencimento. Exatamente em face da importância da fase instrutória processual que o CPC/2015 atribuiu elevada importância às decisões saneadoras que visem a organização do processo, e dentre elas está o momento da dinamização do ônus da prova. O STJ, por meio da Súmula 7 do STJ³⁴⁶, dispõe que “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”. Por meio dela, vários julgamentos foram baseados, conforme se infere a seguir:

Superior Tribunal de Justiça STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1729110 CE 2018/0054397-0. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM DECORRÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE OS REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO ESTÃO PRESENTES. [...] INDISPENSÁVEL NECESSIDADE DE PERMITIR À PARTE A DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS DE PROVAR QUE, POR DECISÃO JUDICIAL, FORA IMPOSTO NO CURSO DO PROCESSO. [...] 5- As diferentes formas de se atribuir o ônus da prova às partes se reveste de acentuada relevância prática, na medida em que a interpretação conjunta dos arts. 1.015, XI, e 373, § 1º, do CPC/15, demonstra que nem todas as decisões interlocutórias que versem sobre o ônus da

³⁴⁶ BRASIL. STJ. **Súmula 7**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3027396/sumula-7-como-o-stj-distingue-reexame-e-revaloracao-da-prova>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

prova são recorríveis de imediato, mas, sim, apenas àquelas proferidas nos exatos moldes delineados pelo art. 373, § 1º, do CPC/15. [...] 7- Embora ontologicamente distintas, a distribuição dinâmica e a inversão do ônus têm em comum o fato de excepcionarem a regra geral do art. 373, I e II, do CPC/15, de terem sido criadas para superar dificuldades de natureza econômica ou técnica e para buscar a maior justiça possível na decisão de mérito e de se tratarem de regras de instrução que devem ser implementadas antes da sentença, a fim de que não haja surpresa à parte que recebe o ônus no curso do processo e também para que possa a parte se desincumbir do ônus recebido. [...] 8- Nesse cenário, é cabível a impugnação imediata da decisão interlocutória que verse sobre quaisquer das exceções mencionadas no art. 373, § 1º, do CPC/15, pois somente assim haverá a oportunidade de a parte que recebe o ônus da prova no curso do processo dele se desvencilhar, seja pela possibilidade de provar, seja ainda para demonstrar que não pode ou que não deve provar, como, por exemplo, nas hipóteses de prova diabólica reversa ou de prova duplamente diabólica. 9- Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1729110 CE 2018/0054397-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 02/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2019)³⁴⁷

Outrossim, embora seja um tema em ampla discussão, em que a doutrina processualista têm se debruçado, cabe aqui apenas algumas linhas de consideração acerca do assunto. A análise dos institutos enriquece a comunidade acadêmica e permite que se possa melhor compreendê-los à luz de diversos outros institutos que auxiliam na busca da efetividade e celeridade processuais, como a racionalização econômica do sistema.

³⁴⁷ BRASIL. STJ. REsp: 1729110 CE 2018/0054397-0. Rel. Min. Nancy Andrigli, Publ. 04/04/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/694474196/recurso-especial-resp-1729110-ce-2018-0054397-0>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

7 CONCLUSÃO

A dinamização do ônus da prova, positivada no atual Código de Processo Civil, pode ser encarada como um reflexo do processo contemporâneo, que perde a natureza individualista do Estado Liberal para assumir, no Estado Constitucional, natureza pública, como instrumento de pacificação social. Isto, pois, o antigo critério de distribuição de prova adotado (o estático) já não resolvia de modo eficiente todas as questões levadas à custódia do Poder Judiciário, visto que não assegurava ao juiz a formação plena do seu convencimento sobre toda a veracidade dos fatos.

A nova dinâmica passa a impor a participação ativa do magistrado, por meio do diálogo entre os participantes do processo, possibilitando através da dinamização o dever de colaboração entre litigantes e juiz. O processo deixa de ser visto como um conjunto de procedimentos concatenados para a realização do direito material, mas como efetivo instrumento de realização da justiça, mediante a conformação de suas normas com a Constituição Federal.

Em suma, é certo que o atual sistema traz benefícios imensuráveis às partes litigantes, sem se olvidar que o Novo Código de Processo Civil aproxima-se, assim, da aplicação de um Processo mais constitucional e democrático, afastando-se da visão engessada que, aprioristicamente, imputa ao autor constituir seu direito e ao réu refutar e obstar a pretensão contra ele articulada, sem exceção. Logo, a prestação jurisdicional será mais justa, corrigindo grande parte de disparates provocados pela adoção de um regramento completamente rígido.

Desse modo, viu-se ao longo da pesquisa a crescente necessidade de primar-se pela observância dos princípios processuais constitucionais a fim de garantir não só direitos individuais como também das partes envolvidas como um todo. A dinamização, por sua vez, garante que se tenha maiores possibilidades de produção de prova que aproveita a todos, cujo ônus se vale para solução mais equânime da causa.

O compromisso do juiz, ao promover a dinamização da prova, deve submeter-se à norma jurídica, sem desviar-se da premissa de que não se exaure no aspecto formal, de modo que possa utilizar a doutrina da carga dinâmica como instrumento para o correto deslinde do caso, procurando encontrar mecanismos que lhe possibilitem maior convicção.

O compromisso das partes, seguiu-se na vertente da maior aproximação da honestidade processual, da consagração da busca pela efetividade e economia processuais, assim como o reconhecimento dos prejuízos que podem ocorrer com a procrastinação. Nesse sentido, a produção da prova por quem reúne melhores condições de prestá-la condensa todos esses princípios e evita que hajam prejuízos em todas as esferas.

A grande verdade está na evolução que se pôde observar na possibilidade de dinamizar a produção da prova, o que até mesmo antes da entrada em vigor do NCPC já vinha sendo defendido por processualistas. Viu-se, com isso, que há forte tendência que sejam cada vez mais aproximados os direitos das partes, principalmente na exegese do princípio da paridade das armas, corolário do princípio da lealdade processual e da boa-fé.

A pesquisa também demonstrou que cada vez mais é necessário que haja transparência, imparcialidade e cooperação por parte do magistrado, que compõe a relação jurídica processual ao lado das partes. A elas sempre foi dada a incumbência de posicionar-se com acentuada boa-fé, que deveria pautar todos os atos. Nessa esteira, com a elevação da eficiência como principal princípio objetivo a ser alcançado, haja vista que congrega outros de igual importância, o NCPC possibilitou mandamentos claros e objetivos acerca de como cada um dos atores processuais deve proceder.

Foi possível compreender ainda que, consoante redação dada no parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC/15, a técnica da dinamização do ônus da prova não constitui possibilidade de inversão total do ônus da prova, uma vez que reclama a observância de características próprias do caso concreto.

Por fim, a dinamização consagrou o real objetivo do ônus da prova: direcioná-lo a quem tenha melhores condições de suportar o ônus, o que não raro, existem casos em que a parte responsável pela produção não reúne condições para prestá-la, e assim, impede que o juízo possa avaliá-la, prejudicando, malgrado recheado de críticas, a busca pela verdade real em sentido *latu* e o livre convencimento do juiz. Essa aproximação de um processo mais constitucional e democrático permite que a dogmática acerca da imputação ao autor a obrigatoriedade de constituição do direito alegado e da parte *ex adversa* a de contrapor as alegações seja flexibilizada, e assim, possa haver uma maior justiça na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE JÚNIOR, Mozart. Vilela. **O conceito de prova no processo civil**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Campo Grande: Contemplar, 2019. p. 25.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, Método, 2017. p. 225-264.
- ALMEIDA, Rodolfo Afonso Loureiro de. **A dinâmica da distribuição do ônus da prova no novo CPC**. In: A prova cível: elementos para a convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. (coords). Campo Grande: Contemplar, 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78-79.
- AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teoria-dinamica-de-distribuição-do-ônus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. v. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América (EJEA), 1971. p. 10.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei 8.078** de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BRASIL. **Lei 13.140**, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 28 mar. 2019.
- BRASIL. **STJ**. Agravo em Recurso Especial n. 1.473.898 - SP (2019/0082628-9). Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. Julgado em 07/05/2019. Publicado em: 10/05/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=DINAMIZA%C7%C3O+DO+%D>>

4NUS+DA+PROVA&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC2>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. **STJ**. RECURSO ESPECIAL n. 1.537.179 - RS (2015/0137511-2) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA. Julgado em 27/02/19. Data de Publicação: 07/03/2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=DINAMIZA%C7%C3O+DO+%D4NUS+DA+PROVA&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC3>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. **STJ**. Resp: 1613664 SP 2014/0207367-4. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data de Publicação: DJ 20/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522189906/recurso-especial-resp-1613664-sp-2014-0207367-4?ref=serp>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. **STJ**. REsp: 1729110 CE 2018/0054397-0. Rel. Min. Nancy Andrighi, Publ. 04/04/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/694474196/recurso-especial-resp-1729110-ce-2018-0054397-0>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. **STJ**. Súmula 7. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3027396/sumula-7-como-o-stj-distingue-reexame-e-revaloracao-da-prova>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

BRASIL. **TJDFT**. Acórdão: 1095303. Rel. Esdras Neves. Data de julgamento. 10/5/2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/consultas-processos-fisicos/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-detalhes/onus-da-prova/facilitacao-na-obtencao-de-prova-2013-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 242.

CASTRO, Daniel Penteado. **Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**: fundamentos, interpretação e dinâmica. Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010. p. 127. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06072011-095806/pt-br.php>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

CEAPRO. Centro de Estudos Avançados de Processo. Enunciados novo CPC. **Enunciado 6**. Disponível em: <<http://www.ceapro.org.br/enunciados-novo-cpc/>>. Acesso em 10 ago. 2019.

CEAPRO. Centro de Estudos Avançados de Processo. Enunciados novo CPC. **Enunciado 18**. Disponível em: <<http://www.ceapro.org.br/enunciados-novo-cpc/>>. Acesso em 10 ago. 2019.

CESA, Pedro Sanches. **O dever de produzir provas no código de processo civil de 2015 e suas possíveis limitações**. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2016. p. 28. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/158827/001022329.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 jun. 2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 273.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 01, n. 280, p. 01-11, fev. 2001. p. 04-05.

Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwj7mZzorPbjAhWslbkGHRWSA9oQFjACegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fpluginfile.php%2F4374561%2Fmod_folder%2Fcontent%2F0%2FDALLAGNOL%2520JR%2520-%2520Distribui%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520din%25C3%25A2mica%2520dos%2520%25C3%25B4nus%2520probat%25C3%25B3rios.pdf%3Fforcedownload%3D1&usq=AOvVaw3TY-AWwGltCp5mIOifydwF>. Acesso em: 28 mar. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo, v. 11, n. 2, p. 129-155, jul./dez. 2017. Disponível em:

<<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11050/6823>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 48-49; 125-126.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 51.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 59-95.

DONIZETTI, Elpidio. **Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC**. Disponível em

<<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc>> Acesso em: 20 mar. 2018.

FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 971, n. 01, p. 1-13, jan./jun. 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec

a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.971.12.PDF. Acesso em: 28 jun. 2019.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **As provas e ônus dinâmico no NCPC e seus desdobramentos para o processo do trabalho**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/05/10/as-provas-e-onus-dinamico-no-ncpc-e-seus-desdobramentos-para-o-processo-do-trabalho/>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

KINJINIK, Danilo, in Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords), **Processo e Constituição**. Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 946.

LOPES, João Batista. Provas atípicas e efetividade do processo. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, v. 05, n. 05, p. 389-402, jan./jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

LOURENÇO, Haroldo. **A dinamização do ônus da prova no CPC/15**. Gen Jurídico. Artigos. Novo CPC. Processo Civil. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2016/07/12/a-dinamizacao-do-onus-da-prova-no-cpc15/>> Acesso em 20 abr. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil** [livro eletrônico]: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. A efetividade do processo e a importância da arbitragem nos conflitos de energia. **Revista Argumentum**. Marília, v. 15, n. 01, p. 351-374, jan./dez. 2014. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/109>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Aspectos processuais da reforma trabalhista**. Coluna CPC na prática. Migalhas de peso. 30 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI270231,101048-Aspectos+processuais+da+reforma+trabalhista>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. **Penhora de percentual do faturamento de empresa devedora na execução por quantia certa contra devedor solvente: uma leitura com base no princípio da efetividade do processo**. Tese apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC/SP, 2014. p. 42.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Posições do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos últimos dois anos, sobre a dinamização do ônus da prova (artigo 373 do CPC/15)**. Coluna CPC na prática. Migalhas de peso. 04 out. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/CPCnaPratica/116,MI288655,101048-Posicoes+do+Tribunal+de+Justica+de+Sao+Paulo+nos+ultimos+dois+anos>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

MEDEIROS NETO, Elias Marques. **Princípio da proibição da prova ilícita**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. CAPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. BUENO, Cassio Scarpinella; OLIVEIRA NETO, Olavo (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/161/edicao-1/principio-da-proibicao-da-prova-ilicita>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Juvim, 2016. p. 1246.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PIRES, Cristiane Pedroso. **Distribuição Dinâmica do ônus da prova**. Dissertação de Mestrado apresentada no programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014. p. 62.

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. **A valoração da prova e o convencimento do julgador no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. In: A prova no processo civil. Elementos para convicção judicial. GARCIA, Pedro de Castilho; VASCONCELOS, Maria Gabriela Lordelo de. Campo Grande: Contemplan, 2019. p. 43-44.

SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: Almedina, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 882.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 80.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito Processual**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras do ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBERIO Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.