

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ANA CAROLINA RODRIGUES

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

UBERLÂNDIA

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
ANA CAROLINA RODRIGUES

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
Professor Jacy de Assis da Universidade
Federal de Uberlândia, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito, sob a
orientação da Profª Daniela Melo Crosara.

Uberlândia

2017

ANA CAROLINA RODRIGUES

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Daniela Melo Crosara.

Banca Examinadora

Uberlândia, ____ de _____ de 2017.

Prof. Ms. Daniela de Melo Crosara
Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG

Prof. Dr. Cristiano Gomes de Brito
Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG

Prof.
Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG

Aos meus pais, por serem
exemplo de fortaleza frente à
aridez cotidiana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela segurança, força, sabedoria, coragem para superar os obstáculos e a serenidade para aceitar as coisas que não podemos mudar. Aos meus pais, Mercedes e João, que vibraram com cada vitória e me acolheram em cada erro, apoiaram cada decisão e indicaram sempre os melhores caminhos.

Agradeço também aos meus velhos e novos amigos, pelas trocas de conhecimento e bons momentos juntos, em especial minha amiga Beatriz por ser tão generosa e estar sempre disposta a ajudar. Além disso, devo gratidão a minha prima Vanêssa, que sempre servirá de exemplo, por ter me orientado e indicado as obras para realizar o presente trabalho.

Também gostaria de agradecer a Professora Daniela, pela compreensão, paciência e ensinamentos a mim despendidos. Finalmente, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para o meu crescimento, fazendo o meu percurso mais leve e partilhando das minhas conquistas.

RESUMO

O presente trabalho teve o intuito de analisar a distribuição dinâmica do ônus da prova adotada pelo Novo Código de Processo Civil. Este estudo utilizou-se de pesquisa bibliográfica e pesquisa indireta, realizada por meio de doutrina e jurisprudência. Inicialmente refletindo acerca dos princípios processuais constitucionais e as razões que levaram o legislador a adotar essa teoria, analisando suas peculiaridades. Após estas análises, foi realizado um estudo de forma a ilustrar que a distribuição dinâmica do ônus da prova é mais adequada que a distribuição estática às complexidades dos casos concretos. Ao final, foram apresentados os requisitos exigidos pela nova legislação a aplicação da redistribuição do ônus da prova, como o julgador deve se orientar para decidir sobre essa técnica diante do caso concreto e como a jurisprudência encara o tema.

Palavras-Chave: Distribuição dinâmica do ônus da prova. Contraditório. Cooperação. Boa-fé.

ABSTRACT

The present work had the purpose of analyzing the dynamic distribution of the burden of proof adopted by the New Code of Civil Procedure. This study used bibliographic research and indirect research, carried out through doctrine and jurisprudence. Initially, studying the constitutional procedural principles and the reasons that led the legislator to adopt this theory, analyzing its peculiarities. After these analyzes, a study was carried out in order to illustrate that the dynamic distribution of the burden of proof is more adequate than the static distribution to the complexities of the concrete cases. In the end, it was presented the requirements required by the new legislation to apply the redistribution of the burden of proof, as the judge should be guided to decide on this technique in the concrete case and how the case law faces the issue.

Keywords: Dynamic distribution of the burden of proof. Contradictory. Cooperation. Good faith.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS	11
1.1 O Princípio do Devido Processo Legal	14
1.2 O Princípio do Contraditório	16
1.3 O Princípio da Cooperação	18
1.4 O Processo Justo	22
2. O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS	25
2.1 A função das provas	26
2.2 O ônus da prova	28
3. A TEORIA ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA	31
4. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	34
4.1 Os requisitos do Novo CPC para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova	37
4.2 A técnica da distribuição do ônus da prova à luz do Novo CPC	40
4.3 A deliberação acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova e o respeito ao contraditório	41
4.4 O ônus da prova nas ações do consumidor	43
4.5 A convenção do ônus da prova no Novo CPC	44
4.6 A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova em casos práticos	45
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A realização da Justiça é um dos objetivos primafaciais do Estado moderno. O poder de promovê-los inscreve-se entre os atributos da soberania. Acima dos interesses particulares das partes, há um interesse superior de ordem pública, na justa composição da lide.

Por conseguinte, o processo, quer na sua estrutura, quer no seu funcionamento, obedece a um sistema que se orienta por motivos de ordem técnica, científica e legislativa.

Dessa maneira, no processo, na maioria das vezes, haverá a presença de, pelo menos duas partes: o autor, que pede, e o réu, contra quem se pede. Visto, porém, o processo, como consequência de atos que têm o fim de solucionar o litígio, no caso do Processo de Conhecimento, ou efetivar o direito já reconhecido, no caso do Processo de Execução, nesse sentido poderá ele conter mais de uma relação processual.

Nesse caminhar, a relação processual se instaura e se desenvolve até atingir seu objetivo, o cumprimento da prestação jurisdicional, sendo que o processo é uma relação complexa, contínua, mas unitária.

Por sua vez, o direito processual civil tradicional se apresentava com marcante caráter individual, tudo se desenvolvia à luz da individualidade de um sujeito ativo e um sujeito passivo.

Nessa perspectiva, havia a concepção que a relação processual era dotada de completa autonomia, pois ela nada tinha que ver com a relação de direito material que se discute no processo.

Assim, diferentemente do que os autonomistas pregaram para justificar o caráter científico do estudo do direito processual civil, como ramo do direito autônomo, não vinculado ou dependente de qualquer outro, o direito material, aquele cuja

aplicação ou observância controvertida pode dar ensejo à atividade jurisdicional, influencia, a olhos vistos, a compreensão do direito processual civil como um todo.¹

Logo, o direito processual civil realiza o direito material, e, por isto mesmo, deixa-se influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nesta perspectiva, o direito processual civil desempenha a finalidade de instrumento do direito material.²

Para superar o entendimento clássico, o direito processual civil passou por reformas. Tomou-se a posição de abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas, para voltar-se à busca de meios de conferir à tutela jurisdicional efetividade. Desse modo, houve aproximação do direito processual com o direito material, refutando-se a independência outrora proclamada.

Modernamente, o instrumentalismo e a efetividade são ideários do processo. De acordo com o pensamento de Humberto Theodoro Júnior, para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente a função de instrumento.³ Há que se encontrar a maneira que se releva mais adequada para que o processo instrumento produza a pacificação do conflito.

Para tanto, há a preocupação com o processo justo e efetivo, ou seja, aquele que proporciona às partes o resultado almejado pelo direito material com celeridade, segurança jurídica e respeitando o contraditório e a ampla defesa.

Sendo assim, o novo Código de Processo Civil orienta-se pelos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, que tem como objetivo fornecer ao Estado Democrático de Direito um processo justo, isto é, aquele que permite a descoberta da verdade dos fatos.

Segundo essa nova concepção, o contraditório não se limita a simples garantia de bilateralidade de audiência. Ao contrário, os litigantes devem participar efetivamente na formação do provimento judicial. O processo transforma-se em obra

¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 67.

² BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 67.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v.

conjunta de todos os sujeitos processuais. A importância desse trabalho consiste em analisar esse novo entendimento perante a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

Nesta senda, o presente trabalho justifica-se, vez que o novo Código de Processo Civil, em um movimento de constitucionalização do processo, deu especial destaque aos princípios do contraditório sem surpresa, da cooperação entre as partes e o juiz e da boa-fé.

Outrossim, o Código atual tem como alicerce os princípios constitucionais democráticos e, portanto, desapega-se do formalismo anacrônico.

Orientada por esses princípios, em matéria de instrução probatória, a nova legislação traz a novidade de possibilitar que o magistrado, diante de determinados requisitos, altere a regra do ônus da prova adotando o sistema excepcional de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Por derradeiro, o presente trabalho tem como objetivo examinar as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil no que diz respeito à distribuição dinâmica do ônus da prova, no âmbito das lides de natureza cível. Em razão da íntima ligação, analisará também as concepções modernas de processo justo e da cooperação, sob o prisma do contraditório. Para tanto, este estudo utilizou-se de pesquisa bibliográfica e pesquisa indireta, ou seja, doutrina e jurisprudência.

Em seu momento inicial, esta pesquisa analisará os princípios constitucionais que orientam o processo civil brasileiro, em especial os princípios do devido processo legal, do contraditório e da cooperação. Em um segundo momento, dissecará acerca da função das provas no processo e sobre o ônus da prova. Posteriormente, tecerá elucidações sobre a Teoria Estática do Ônus da Prova, adotada pelo CPC de 1973. E, finalmente, no último capítulo será apresentada a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Provas. Estudará a técnica, os seus pressupostos de aplicação, o ônus da prova nas ações consumeristas e sua utilização em casos práticos. Por fim, inevitavelmente, será traçada comparação entre esse novo sistema e a distribuição estática dos encargos probatórios.

1 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

No estudo de qualquer ramo do direito, é muito importante pesquisar os seus princípios, visto serem eles o caminho para alcançar o estado de coisas ideal visado na aplicação do conjunto de normas analisado.⁴

De forma geral, princípios podem ser entendidos como mandamentos de otimização. O renomado jurista Robert Alexy define princípios como:

“normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também, das possibilidades jurídicas”.⁵

Didier afirma que princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido, constituem o dever de adotar comportamentos necessários à 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

Por sua vez, Scarpinella, defende que os princípios processuais se ocupam especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido como método de exercício da função jurisdicional. São eles que fornecem as diretrizes mínimas, embora fundamentais, de como deve se dar o próprio comportamento do Estado-juiz. Eles prescrevem, destarte, o modo de ser do processo na perspectiva constitucional.⁷

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.44.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 90.

⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p. 48.

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16/03/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 40.

Sendo assim, o Direito Processual Civil, assim como todos os ramos do Direito, se orienta por uma série de normas que possibilitam atingir seus objetivos. Nesta senda, as normas processuais obedecem a princípios comuns que permitem entender o seu significado real.

Os princípios são de suma importância, pois, em face de divergências quanto a interpretação das leis, a solução será sempre encontrada com auxílio deles, pois constituem o substrato de toda a ciência processual.

São os princípios que possibilitam ao legislador a criação de novos institutos, e ao intérprete entender o sentido e a aplicação das normas legais que disciplinam o sistema. Assim, há o incessante aprimoramento do processo, visando sua adaptação às circunstâncias, transformações e fenômenos sociais.

Sendo assim, o Direito processual civil modernamente tem como pungente característica o reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos, de intermediação legislativa.⁸

Além disso, há maior valorização dos princípios, reconhecendo-os eficácia normativa, de modo que deixam de ser técnica de integração do Direito e passam a ser uma espécie de norma jurídica. Nesse caminhar, houve também a percepção do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, passando a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito.

Assim, o processo civil brasileiro passou por um processo de aperfeiçoamento. O cenário social urgia por mudanças quanto às concepções inflexíveis adotadas pelo legislador de 1973.

A evolução das noções acerca dos princípios processuais foi primordial para justificar e fundamentar as alterações trazidas pelo novo Código. Esse encampa claramente a força normativa dos princípios jurídicos.

Para tanto, o CPC de 2015, logo no início, apresenta como novidade o Capítulo

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p 44.

intitulado de “Normas Fundamentais do Processo Civil”. Essas disposições nada mais são que princípios, os quais obrigatoriamente devem orientar toda atividade do processo.

O Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do CPC de 2015 trata, em seus doze artigos, das normas fundamentais do processo civil. São as normas que querem ser fundantes não só do próprio Código, mas também de todo o direito processual civil. O fato é que o CPC de 2015 é repleto de aplicações explícitas dos princípios constitucionais.⁹

São chamadas normas fundamentais, porque estruturam o modelo do processo civil brasileiro e servem de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis. Essas normas ora são princípios, ora são regras.

Com isso, o objetivo do legislador foi estruturar o processo como um instrumento de realização da garantia de acesso à justiça, segundo os direitos fundamentais aplicáveis à tutela jurisdicional prestada pelo moderno Estado Democrático de Direito.¹⁰

Contudo, as normas que a nova legislação processual denomina de “normas fundamentais” não são novidades no direito brasileiro, já que decorrem diretamente das garantias trazidas pela Constituição Federal.

Destarte, o presente trabalho analisará os princípios do devido processo legal, do contraditório e da cooperação. Esses princípios estão intrinsecamente ligados à ideia do processo justo, democrático e igualitário. Ademais, servem de base e orientam o estudo da redistribuição dinâmica do ônus da prova.

⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 85.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.67.

1.1 O Princípio do Devido Processo Legal

Atualmente, a ideia de devido processo legal ultrapassa as concepções antigas, adotando um novo pensamento. Outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, faz-se modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo. Dessa maneira, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material.¹¹

Para tanto, essa concepção tem origem na ideia que, na ordem constitucional, o processo se insere entre as garantias fundamentais e se apresenta como apanágio da cidadania.¹²

Sendo assim, o juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se dos princípios, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça. Portanto, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional.

Hodiernamente, o papel do devido processo legal é de atuar sobre o processo de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia da efetividade dos direitos fundamentais.¹³

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.48.

¹² RICCI, Gianfranco. **Principi di diritto processuale generale**. Torino: Giappichelli, 1995, p.16

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.49.

Isto posto, o entendimento do STF é no sentido que a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa fé.

“ O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos judiciais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir, a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos judiciais e administrativos”.¹⁴

Em vista disso, o devido processo legal justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades aos litigantes para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo uma atividade verdadeiramente dialética, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa.¹⁵

Sendo assim, fica claro que o Novo Código de Processo Civil brasileiro aproximou -se dos princípios constitucionais com o intuito de promover a participação equânime dos sujeitos processuais.

1.2 O Princípio do Contraditório

Na Constituição Federal, o princípio do contraditório está assegurando como direito fundamental no artigo 5º:

¹⁴ STF, 2ª T., RE n. 464.963-GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006. Com fundamentação semelhante, STF, 2ª T., AI n. 529.733-1 - RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.10.2006, publicado no DJ de 01.12.2006.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.86.

Art. 5º, LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Por sua vez, no Código de Processo Civil, é possível observá-lo em diversas disposições, contudo merece destaque os artigos 9º e 10:

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

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

Dessa forma, o contraditório deflui em linha reta da Constituição e está plenamente assegurado no Código de Processo Civil. É a essência do devido processo legal. Com esse princípio, torna-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com armas legais, a defesa de seus interesses a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução da lide lhe deve ser favorável.

O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.¹⁶

O princípio do contraditório tem suas raízes no direito de defesa, possuindo natureza constitucional, de forma que é a manifestação da igualdade por excelência. Segundo Marinoni, consiste na mais óbvia condição do processo justo, deve ser observado durante todo arco processual.¹⁷

Anteriormente, possuía o estreito significado de que as partes sempre deveriam ser ouvidas. Havia a concepção que dando às partes iguais poderes e direitos, haveria a efetividade de tal princípio.

¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p. 78.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 485.

Seguindo esse raciocínio, pensava-se que o juiz, por força do seu dever de imparcialidade, ouvindo uma parte não poderia deixar de ouvir a outra. Por conseguinte, o contraditório era resumido no mandamento que o órgão julgador não poderia decidir sobre uma pretensão se não fosse ouvida, ou citada para ser ouvida, a parte contra qual a lide foi proposta.

Basicamente, ninguém poderia ser julgado se não fosse ouvido, sendo que esse princípio era respeitado quando se dava às partes a possibilidade de defender-se.

Foi superado o entendimento que o contraditório era a simples bilateralidade de instância, dirigindo-se tão somente às partes. Atualmente, entende-se que é participar do processo e influir em seus rumos, isto é, direito de influência.

Nessa nova concepção, os destinatários deixaram de ser somente as partes para englobar também o juiz. Assim, o julgador, além de ter o dever de velar pelo contraditório, deve também se submeter a ele.

Assim, de acordo com Fredie Didier, não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional.¹⁸

Nesse sentido, é indispensável que as partes tenham a possibilidade de se manifestarem sobre aquilo que pode servir de fundamento para a decisão da causa. Logo, o pronunciamento do magistrado deve apoiar-se tão somente em elementos sobre os quais as partes tenham tido a chance de se manifestarem. Isso significa que, em geral, no processo, o contraditório é prévio.

Esse novo entendimento muda significativamente a dinâmica do processo. Impede a prolação de decisões surpresas, ou seja, toda decisão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório.

Dessa forma, o direito ao contraditório promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica do cidadão nos atos jurisdicionais. Portanto, a

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p. 79.

nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro. O processo há de ser cooperativo.

1.3 O Princípio da Cooperação

Mesmo antes do CPC de 2015, já era possível extrair a cooperação dos princípios constitucionais do contraditório, do devido processo constitucional e da eficiência processual, enfatizando o elemento de ampla participação no processo com vistas a contribuir não só para seu desenvolvimento, mas também para o proferimento das decisões e a satisfação do direito tal qual reconhecido.¹⁹

Sendo assim, em decorrência das novas concepções, o novo Código de Processo Civil adota como "norma fundamental" a cooperação entre os sujeitos.

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

Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos do processo da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos servem de base para o surgimento de 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.²⁰

¹⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC .Lei nº 13.105 , de 16/03/2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92.

²⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p 125.

O modelo de processo estabelecido pelo CPC de 2015, bem compreendido e em plena harmonia com o modelo constitucional é inequivocamente de um processo cooperativo em que todos os sujeitos processuais, as partes, eventuais terceiros intervenientes, os auxiliares da justiça e o próprio magistrado, cooperem ou colaborem entre si com vistas a uma finalidade comum: a prestação da tutela jurisdicional.²¹

A norma fundamental do art. 6º, visa promover a equilibrada organização do processo. O modelo adotado pelo novo Código é o do processo justo e cooperativo, pautado pela cooperação do juiz com as partes, em um sistema de comunidade de trabalho.

De acordo com Marinoni, visa dar feição ao formalismo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes.²²

Além disso, o princípio da cooperação deriva do princípio da boa-fé, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo. O princípio da boa-fé está expressamente exposto no CPC:

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

Dessa forma, o aludido princípio consiste em exigir do agente que pratique o ato jurídico sempre pautado nos valores de lealdade e lisura.

Portanto, orienta-se pela busca da verdade, tanto quanto possível, sendo que os sujeitos participantes devem se posicionar no processo orientados pela boa-fé objetiva e subjetiva. Por sua vez, boa-fé objetiva implica um comportamento merecedor de fé, que não frustre a confiança do outro, é aquele que não abusa de sua posição jurídica.

A doutrina ensina que a boa-fé objetiva é verdadeira cláusula geral que encerra uma série de comportamentos desejados ou esperados dos agentes em geral e aqui,

²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 44.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 496.

no plano do processo, de todos os sujeitos processuais que, em última análise, conduzem à proteção da confiança legítima.²³

Em vista disso, é certo que a doutrina e jurisprudência nacional, mesmo antes do Novo CPC, já reconheciam a presença do princípio da cooperação.

Esse princípio exige a soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, portanto o processo desenvolve-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação, fortalecendo o papel das partes na formação da decisão judicial.

Segundo Didier, busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais, sendo o mais adequado para uma democracia.²⁴

O princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo, atuando diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim, são ilícitas as condutas contrárias à obtenção da comunidade processual de trabalho que o princípio da cooperação busca promover.²⁵

Nota-se, nesse sentido, o aspecto da cidadania na participação ativa no procedimento decisório, influenciando na decisão judicial.

Dessa maneira, o princípio da cooperação tende a transformar o processo civil numa comunidade de trabalho, na qual se potencializa o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais, partes, juiz e intervenientes, a fim de alcançar a solução mais adequada e justa ao caso concreto. A cooperação não se restringe à relação parte-juiz, tampouco se limita ao relacionamento entre as partes.²⁶

²³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC .Lei nº 13.105 , de 16/03/2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 90.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p. 127.

²⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p. 128.

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.81.

Os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de esclarecimento, lealdade e de proteção. O dever de esclarecimento consiste no dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenham sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas ou apressadas. Não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes.²⁷

Além disso, há o dever de consulta, no sentido de o juiz colher manifestação das partes preparatória de sua própria manifestação ou decisão, de prevenção no sentido de as partes serem alertadas do uso inadequado do processo e a inviabilidade de julgamento de mérito e de auxílio no sentido de incentivar as partes a superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, faculdades, ônus ou deveres processuais.²⁸

Observação importante que merece ser feita é que a cooperação prevista no dispositivo em comento deve ser praticada por todos os sujeitos do processo. Não se trata, portanto, de envolvimento apenas entre as partes e de seus procuradores, aí compreendidos também os membros da advocacia pública e da defensoria pública, mas também de eventuais terceiros intervenientes, em qualquer uma 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.²⁹

Portanto, a cooperação envolve a ampliação do dever de litigância de boa-fé e a colaboração para a descoberta da verdade.

Por fim, a norma fundamental compreendida no artigo 6º do Novo CPC diz respeito aos deveres que complementam a garantia do contraditório, formando com esta uma simbiose com o objeto comum de ensejar a obtenção, em tempo razoável,

²⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v. p. 129.

²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC .Lei nº 13.105 , de 16/03/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 93.

²⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC .Lei nº 13.105 , de 16/03/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 95.

de decisão de mérito justa e efetiva. Sendo assim, para todo cidadão surge, como direito público, o dever de colaborar com o Poder Judiciário na busca da verdade.

1.4 O Processo justo

Primeiramente, cumpre esclarecer que a Justiça que se busca alcançar no processo não é naturalmente, aquela que a moral visualiza no plano subjetivo. É, isto sim, a que objetivamente corresponde à prática efetiva das garantias fundamentais previstas na ordem jurídica constitucional, e que, de maneira concreta, se manifesta como o dever estatal de assegurar tratamento isonômico às pessoas, na esfera das suas atividades privadas e públicas.³⁰

Portanto, proporcionar Justiça, em juízo, consiste, nada mais, nada menos que distribuir igualmente as limitações da liberdade, para que todos tenham protegida a própria liberdade, e fazer que, sem privilégios e discriminações, seja dispensado tratamento igual a todos perante a lei.³¹

Desta forma, nasce a ideia inovadora de um processo justo, eivado de uma significativa carga ética. Diante disso, o processo justo é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais trazidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.

É indiscutível que a jurisdição, por construir manifestação do poder estatal, deve revelar os fins do Estado Constitucional. Portanto, se a jurisdição atua por meio do processo, não há como negar a importância dos fins do processo, qual seja a tutela jurisdicional justa. Nesse caminhar, o processo deve produzir decisões legítimas e

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p. 52.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.52.

justas.

Portanto, para ser justo terá de consagrar, no plano procedimental o direito de defesa e o contraditório e a paridade de armas processuais entre as partes. Por conseguinte, o processo justo recorre aos princípios anteriormente analisados para otimizar as regras legais em sua concretização judicial.

Segundo Marinoni, o direito ao processo justo é um direito de natureza processual. Logo, o juiz tem o dever de interpretar e aplicar a legislação processual em conformidade com o direito ao processo justo.³²

Segundo o referido autor, o processo deve ser visto em uma dimensão externa, de atuação dos fins do Estado, é que ele deve se desenvolver de modo a propiciar a efetiva participação de todos os seus participantes. Um procedimento que não permite a efetiva participação das partes não tem qualquer condição de legitimar o exercício da jurisdição e realização de seus fins.³³

Sendo assim, o processo que não possibilita a participação dos sujeitos que são atingidos pelos efeitos da decisão está em desconformidade com a democracia.

A Constituição Federal assevera que em seu art. 5º, LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em decorrência, institui o direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro.

O direito ao processo justo é essencial para a organização do processo no Estado Constitucional. Deve ser observado, uma vez que é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões equânimes.

De acordo com Marinoni, o direito ao processo justo visa assegurar a obtenção de uma decisão justa para as partes e a unidade do Direito para a sociedade civil. Ele é o meio pelo qual se exerce pretensão à justiça e pretensão à tutela jurídica. Esse é o seu objetivo central dentro do Estado Constitucional.³⁴

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 490.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 487.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 491.

O processo justo é pautado na cooperação entre o juiz e as partes. Nesse sentido, leva-se a cabo a máxima que a verdade é o pressuposto do processo justo.

Ao contrário da concepção outrora adotada que entendia que o processo era independente em relação ao direito material, o processo justo requer uma aproximação entre eles. Consequentemente, há uma adequação do processo ao direito material.

Outrossim, nessa concepção moderna de processo justo, o compromisso com a verdade não se resume em atribuir poderes de iniciativa probatória apenas ao juiz. Entende-se que é uma obra conjunta de todos os sujeitos do processo, sendo que todos têm o dever de cooperar na formação do provimento que corresponda à Justiça prometida pela Constituição.

O processo justo é um poderoso instrumento de superação do tecnicismo jurídico, por meio do emprego de critérios de interpretação e aplicação do direito positivo, que possam otimizar a busca de resultados democráticos e moralmente corretos.³⁵

Portanto, a visão moderna de processo justo, mais efetivo frente ao contexto social, justifica as mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil, em especial a adoção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.63.

2 O DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVAS

O direito de produzir provas no processo é decorrência direta do direito de defesa. Sendo assim, o direito de ação sugere o direito de defesa, ambos se identificam como direito de prestação jurisdicional do Estado, ou seja, são de mesma natureza. Logo, o direito de defesa é um direito subjetivo público, autônomo e abstrato.

A Constituição, ao garantir, no art. 5º, XXXV, a tutela jurisdicional, o faz bilateralmente, assegurando o direito de ação simultaneamente com o direito de defesa. Vejamos:

Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

De acordo com o Marinoni, não deve haver dúvida que o direito a produzir provas no processo constitui um direito constitucional, apoiado tanto na garantia de acesso à justiça como nos direitos ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV da CF). Portanto, pode-se dizer que esse direito constitui elemento indissociável do direito ao processo justo.³⁶

Além disso, de acordo com Fredie Didier, o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental.³⁷

O contraditório e a ampla defesa envolvem sem dúvida o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio, sendo que não é possível o exercício da ampla defesa sem o concurso do direito fundamental à prova.

Por fim, de forma simplória, pode-se falar que defesa é o direito que tem o réu de se opor ao pedido de tutela jurisdicional do autor, no processo para esse fim instaurado.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p 252.

³⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p 18.

Desse modo, o direito à produção de provas deverá estar alinhado aos deveres de lealdade e de boa-fé processuais, pois no processo, procura-se fazer Justiça, que dificilmente será alcançada, se não houver igualdade entre as partes.

2.1 A função das provas

O processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio entre as partes. Logo, é na instrução do processo a fase em que as partes devem produzir as provas de suas alegações.

Outrossim, no processo, há a reconstrução de fatos pretéritos, a fim de que a tutela do direito objetivo venha recair, com justiça, sobre os interesses em conflito, tal como estes realmente se configuram. E é por intermédio das provas que se opera a reconstituição do estado de fato do litígio.

Prova, portanto, é o instrumento processual pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes. Sendo que, tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, com a finalidade de formar a convicção do juiz a respeito de tais acontecimentos, para que ele dê uma solução jurídica ao litígio.

Dessa maneira, prova judiciária é a soma dos meios produtores da certeza a respeito dos fatos que interessam a produção da lide.

Não obstante, Fredie Didier possui o entendimento que a finalidade da prova vai além da compreensão clássica, a qual entende que a prova deve propiciar o convencimento do juiz, de maneira que o juiz é o seu principal destinatário, buscando saber a verdade dos fatos, para que então possa decidir. Para o autor a finalidade da prova vai além disso, tem o condão de convencer as partes, permitindo-lhes decidir

acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele. Portanto as partes também são destinatárias das provas.³⁸

Isto posto, de uma forma ou de outra, para resolver quanto os pedidos, o juiz depende das partes no que concerne à afirmação e à prova dos fatos em que os mesmos se fundam. Para tanto, as partes devem se posicionar no processo dirigidas por espírito de colaboração com o juiz na justa composição da lide.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, há uma necessária conexão entre a função da prova e a função do processo. A este cabe não apenas encontrar uma solução qualquer para o litígio, mas aquela que seja justa. Nesse caminhar, a prova é necessária para que o juiz atinja uma conclusão afinada com a verdade, sendo, pois, justa, diante das alegações dos litigantes.³⁹

Consequentemente, cumpre ressaltar que não há espécie de prova que suplante outra. Além disso, a prova adere ao processo, o que importa é a sua existência e não sua origem. O juiz, no processo, busca atingir a verdade real. Caso a ela não se chegue, é certo que lança mão de outros critérios, pois, em nenhuma hipótese, se exime de sentenciar, vez que para a garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda é possível perceber, na doutrina e na jurisprudência, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de uma visão privatista do direito processual. Atualmente há um movimento no sentido oposto, que analisa o processo com um enfoque mais publicista, com a tendência de conferir ao juiz amplos poderes instrutórios.

O novo Código adota o princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento. Por conseguinte, o compartilhamento das iniciativas probatórias entre as partes e o juiz é, sem dúvida, o caminho mais

³⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 80.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p. 875.

adequado ao processo democrático de nosso tempo.

Dessa maneira, de acordo com os princípios adotados pela nova legislação processual civil, o magistrado abandona a figura de simples autônomo que conduz o processo só agindo por provocação à requerimento ou insistência das partes. Agora, ele passa a dirigir o processo de forma inteligente, como um homem que vive no meio social.⁴⁰

Assim, no processo moderno a fase probatória, inevitavelmente, também deverá seguir os pressupostos do processo justo, cooperativo e equânime.

2.2 O ônus da prova

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, ônus da prova refere-se à atividade processual de pesquisa de verdade acerca dos fatos que servirão de base ao julgamento da causa. Aquele a quem compete o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe foi atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser colhida na decisão judicial. É uma necessidade de provar para vencer a causa.⁴¹

Por outro lado, segundo Marinoni, o ônus da prova tem duas finalidades. A mais importante delas é servir como regra de fechamento do sistema, informando ao juiz como deve julgar, se ao final da instrução da causa, permanecer em dúvida a respeito dos fatos relevantes para a decisão. A outra finalidade é a de orientar o comportamento das partes, de modo que, cientes de como será a decisão judicial em caso de insuficiência de prova, passam a ser os maiores interessados em produzir as provas relevantes para o processo.⁴²

⁴⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 81.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p. 910.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. P. 259.

Isto posto, a regra do ônus da prova se dirige às partes e ao juiz. Por sua vez, quando o magistrado for o seu destinatário, importa para a formação do seu convencimento, uma vez que o juiz pode reduzir as exigências de prova, visando formar a sua convicção, conforme a situação concreta e a regra do ônus da prova, para sua decisão.

De acordo com Fredie Didier, ônus é o encargo cuja observância 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.⁴³

Consequentemente, o ônus da prova é analisado sob duas perspectivas, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito a quem, ou seja, a qual sujeito do processo, cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. A outra relaciona-se com as situações, após a fase de instrução, em que produzidas as provas, essas foram insuficientes para revelar o fato que aconteceu. Nesse caso, trata-se de regramento dirigido ao órgão julgador que deverá indicar qual das partes haverá de suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência de um determinado elemento de prova. Portanto, é uma regra de julgamento.⁴⁴

As regras de ônus da prova criam expectativas para as partes quanto a uma possível futura decisão, é que eventual redistribuição desse ônus deve ser feita em momento anterior ao da decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo.⁴⁵

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v.

⁴⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 80.

⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 84.

Sendo assim, segundo o entendimento clássico, a parte que alega deve buscar os meios necessário para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão, pois é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

3 A TEORIA ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

No sistema adotado pelo Código de 1972, em relação à questão do ônus da prova predominava o princípio do dispositivo, o qual entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte. Decorre desse pensamento a ideia que cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretende ser aplicado pelo juiz na solução do litígio.

Segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. Nesse caso, pode-se perceber que o ônus de se defender era imposto ao réu.

A distribuição fixa, que é regra no processo civil, distribui o ônus da prova entre as partes partindo do pressuposto de que quem alega determinado fato normalmente está mais próximo da sua fonte de prova. Por essa razão, quem alega tem o ônus de provar.⁴⁶

O art. 333 do Código de Processo Civil de 1973 repartia o ônus da prova entre os litigantes da seguinte forma:

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.

Antigamente, o magistrado atuava como espectador da atividade probante das partes, muitas vezes, sem interferir na iniciativa ou condução das provas. Como tal característica, a regra geral da lei é quem alega um fato atrai para si o ônus de prová-lo. Esse é o sistema da partilha estática do ônus da prova.

Tal mandamento, muitas vezes, não condiz com a realidade. Não são raros os casos em que a parte encarregada de pela lei do ônus *probandi*, não se acha, *in*

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p. 370.

concreto, em condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos de verdade acerca dos fatos alegados.⁴⁷

Ao estabelecer o ônus da prova, de maneira estática, o Código de 1973, levava em consideração três fatores: a posição da parte na causa, a natureza dos fatos em que funda sua pretensão e o interesse em provar o fato. Assim, cabia ao autor provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo desse mesmo direito.

O legislador de 1973, não levou em consideração se a repartição estática gerava ou não dificuldade probatória para as partes.

O antigo CPC adotou uma concepção estática do ônus da prova, que é distribuído a priori, sem observância das peculiaridades do caso concreto. Mas esse regramento tem-se revelado insatisfatório e artificial, por desprezar as especificidades do direito material em jogo e a realidade concretamente vivida.⁴⁸

Essa postura não mais se coaduna com o processo civil moderno, que exige um julgador comprometido com a correta distribuição da justiça. Por isso, a lei nova reconhece a possibilidade de, em algumas situações, afastar a rigidez da partilha estática do ônus da prova, adotando um critério mais flexível, que a doutrina denomina ônus dinâmico da prova. Essa teoria atribui o ônus à parte que realmente esteja em condições de melhor esclarecer os fatos relevantes da causa.

Segundo Freddie Didier, a distribuição estática atrofia o sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir julgamentos injustos. O autor não nega a validade da teoria clássica, porém afirma não ser possível admitir que tal regra está em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta.⁴⁹

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p. 909.

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 88.

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 101.

Por fim, cumpre destacar que a distribuição estática dos encargos probatórios não dever ser totalmente afastada. Ocorre que nem sempre é a mais adequada para solucionar determinados casos concretos diante do direito material em questão.

4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Como foi demonstrado, o sistema de distribuição estática da prova, nem sempre permite uma razoável separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. O que compromete a atividade do juiz, se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto. Nessas situações, faz-se necessário a flexibilização das regras legais ordinárias sobre o ônus da prova.

O novo Código valeu-se de ambas as técnicas de distribuição do ônus da prova. Sendo assim, o julgador tem duas opções, pode seguir a distribuição estática, ou pode escolher por delegar a atribuição do ônus da prova à luz do caso concreto.

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

Como regra, a distribuição do ônus da prova é fixa. Contudo, é claro que essa presunção não pode ocorrer em todas as situações. O direito material, no caso concreto, pode evidenciar uma dificuldade probatória superável, pode o juiz superá-la mediante a inversão do ônus da prova ou mediante sua dinamização. Não obstante, isso não se confunde com dificuldade probatória insuperável.

Não há que se falar em violação do direito de defesa, uma vez que a decisão de dinamização seja racionalmente justificada pelo magistrado diante das particularidades do direito material evidenciado no caso concreto e seja dada prévia notícia do seu emprego.⁵⁰

A redistribuição é um mecanismo que tem como base a cooperação entre as partes. É utilizado quando uma parte tem melhores condições de trazer ao processo

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p. 373.

os elementos de convicção mais adequados à verdade. É fundamental perceber que é uma distribuição do ônus probatório que não se pauta por uma regra rígida, estática, predeterminada.

Busca-se superar a inflexibilidade do sistema estático, integra-se no modelo de processo cooperativo. Trata-se, portanto de medida excepcional, só merecendo modificação quando verificada forte dificuldade probatória relacionada a alguma das partes em detrimento da outra.

Deve ser observada no curso do procedimento, cabendo o juiz determiná-la quando pertinente, em decisão interlocutória, na fase de saneamento submetendo-se ao mecanismo do contraditório. É norma de procedimento, que se adequa ao contraditório, por importar alteração das regras do jogo, que não pode surpreender a parte, restringindo seu direito de ampla defesa.

Jorge W. Peyrano é o percussor dessa teoria em sua feição moderna. De acordo com seu pensamento, a tradicional partilha das cargas probatórias, em sua rigidez, se mostrava indiferente à possibilidade de causar injustiças em sua aplicação.⁵¹

Nesse caminhar, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e a similar Teoria do Princípio da Solidariedade e Cooperação de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello surgiu na Argentina onde os autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade, com atuação do juiz, defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo, impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz verificando que houve uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.910.

proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa.⁵²

Influenciados pelo entendimento do doutrinador argentino, doutrina e jurisprudência brasileiras, muito antes das modificações trazidas pelo novo Código, admitiam, nos casos de grande complexidade, a possibilidade de abrandar o rigor da distribuição do ônus da prova estático.

Consequentemente, no caso concreto, a distribuição dinâmica do ônus da prova seria atribuída pelo juiz quando uma parte detém conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, 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.⁵³

O novo Código, ao contrário do anterior, autoriza expressamente o magistrado a distribuir o ônus da prova entre as partes de maneira diversa dos critérios legais ordinários.

Para tanto, ao analisar o caso, o juiz pode valer-se objetivamente das características da causa, ou, subjetivamente do comportamento das partes, que, em desrespeito à boa-fé e lealdade processual, cria obstáculos ao adversário para comprovação dos fatos relevantes à sua defesa.

Pode ocorrer que a parte que originalmente tinha o encargo da prova encontra-se diante de excessiva dificuldade ou impossibilitada de cumpri-la. Ou, a parte que não tinha o dever de prova encontra-se em condição de maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Em regra, o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, por isso, deve julgar com base na regra do art. 373, caput, NCCP. Porém, particulares situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova. Nesse caso, nas

⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 102.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.911.

situações em que é muito difícil ou impossível à parte a produção da prova do fato cujo ônus lhe toca, mas ao adversário é viável a demonstração da sua existência, justifica-se a modificação do ônus da prova.⁵⁴

Portanto, é cristalino que a referida teoria surgiu para superar a rigidez e o tecnicismo da distribuição estática, proporcionando decisões mais justas quanto ao direito material que se discute.

4.1 Os requisitos do Novo CPC para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova

Como já foi abordado anteriormente, a distribuição estática do ônus da prova continua sendo a regra do processo civil. Entretanto, há a permissão para que o órgão julgador estabeleça o ônus da prova de forma diversa nos casos em que for necessário em função do direito material. É medida excepcional que se justifica na busca de um processo justo baseado na cooperação.

Para aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo o Novo CPC, é necessário observar certos requisitos. Veja-se o dispositivo legal:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de 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.

§ 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

⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p. 268.

O primeiro requisito diz respeito ao fato que a parte escolhida pelo julgador não ficar adstrita a provar fato constitutivo do direito da outra parte. Logo, cabe a ela esclarecer o fato controvertido apresentado pelo juiz.

Marinoni frisa que o fato do réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a modificação do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, a modificação do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, provar sua existência.⁵⁵

O segundo requisito é que a prova redirecionada deve ser possível. Se nenhum dos contendores tem a condição de provar o fato, não se admite que o juiz possa aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Por sua vez, o terceiro requisito é que a redistribuição não pode apresentar surpresa para a parte. O julgador deve oportunizar à parte que recebe o ônus a chance de se desincumbir a contento do cargo. Isso ocorre, pois, o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, com base nos ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz, completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.

Além disso, essa técnica não pode ser utilizada, tão somente, no momento da sentença. Se a redistribuição fosse reservada no momento da sentença ocorreria uma ruptura com o sistema do devido processo legal, ofendendo a garantia do contraditório.

É imprescindível que as partes tenham prévia ciência antes de qualquer julgamento a respeito de como será distribuído o ônus da prova. Assim, poderão exercer seu direito ao contraditório.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p. 374.

O juiz poderá aplicá-la em audiência preliminar em fase saneadora do processo, deixando claro que a causa não será julgada com base na distribuição estática do ônus da prova e esclarecendo que o deve ser provado pela parte que recebeu o encargo.

Sanear o processo significa prepará-lo para a instrução, organizá-lo para que se possa seguir adiante rumo à prestação da tutela jurisdicional. Por isso, a redistribuição deve dar-se por meio do despacho saneador ou pela audiência preliminar.

A aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova estende-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais.

Portanto, a técnica em questão justifica-se como forma de equilibrar as forças das partes litigantes e possibilitar a cooperação entre elas e o juiz na formação da prestação jurisdicional justa. Sendo assim, decorre do princípio da cooperação, o qual o novo Código adota como norma fundamental, que tem como pressuposto a pacificação social efetiva e justa, a ser obtida democraticamente.⁵⁶

Visa garantir maior cooperação entre os sujeitos do processo, para evitar decisões surpresas, potencializar a busca da verdade real e proporcionar o alcance do processo justo e estruturado de modo a enaltecer o valor solidariedade, consagrado na Constituição Federal.

Cumprе destacar que a aplicação dessa teoria não pode ser total, deve ser sempre parcial. Isso se dá, pois, a distribuição dinâmica recai sobre determinados fatos e circunstâncias, e, não sobre todo o material fático. Portanto, não há um deslocamento completo da carga probatória, mas apenas parcial.

Nesse sentido, adverte Peyrano “é lógico que o deslocamento atípico do *onus probandi* que decorre da aplicação da doutrina das cargas probatórias, funciona, de ordinário, acerca de determinados fatos ou circunstâncias, e não de todo material fático. Isto implica que tal aplicação não acarreta um deslocamento completo da carga probatória, mas apenas parcial; conservando-se na cabeça da outra parte a imposição

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.915.

de certos esforços probatórios”.⁵⁷

Por fim, a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova tem como objetivos evitar injustiças que decorrem da aplicação fria da letra da lei, atribuir o encargo ao sujeito que apresenta melhores condições para esclarecer a situação controvertida e impedir que a parte possuidora de informações privilegiadas as manipule arbitrariamente em desconformidade com os princípios do contraditório e o processo justo.

4.2 A técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova à luz do Novo CPC

O rompimento com o sistema estático não ocorre segundo o juízo discricionário de conveniência e oportunidade feito pelo julgador, no caso concreto. O novo Código estabelece requisitos objetivos para impedir que essa decisão seja eivada de subjetivismo do juiz. Logo, não pode haver impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos estáticos da lei, nem maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário por parte daquele a quem a lei ordinariamente não impunha ônus da prova.

Ademais, o magistrado deverá justificar a sua escolha pela distribuição dinâmica do ônus da prova em decisão fundamentada, demonstrando com adequação a presença dos requisitos do parágrafo primeiro do art. 373 do Novo CPC, jamais incumbindo a parte que recai o encargo com uma atividade impossível de ser executada.

No caso em que os argumentos utilizados pelo julgador não forem adequados para justificar a redistribuição do ônus da prova, ainda que a motivação incidir em falta de coerência lógica em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção, a dúvida ou a inesclarecibilidade, a decisão carecerá de legitimidade.⁵⁸ Nesse caso,

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p. 916.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v. p. 275.

a parte deverá ter a chance de se desincumbir do encargo imposto pelo magistrado. Entretanto, se não obtiver sucesso, terá a chance de discutir a questão em agravo de instrumento, conforme artigo 1015, XI, do NCPC.

Dessa forma, a redistribuição dinâmica da prova adotada pelo novo Código corresponde a um aprimoramento adequado à função do moderno processo justo e não se reveste de caráter discricionário.

4.3 A deliberação acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova e o respeito ao contraditório

A redistribuição poderá ocorrer a requerimento da parte ou de ofício pelo juiz, durante a fase de saneamento do processo, conforme art. 357, III, do NCPC.

Por depender da apreciação subjetiva do magistrado sobre os fatos da demanda, a distribuição dinâmica do ônus da prova é uma regra de atividade, e não de julgamento, o que significa que o magistrado não poderá dela se valer se não conferiu à parte a quem imputou o ônus de provar a oportunidade de produzir sua prova.⁵⁹

A regra que autoriza a distribuição dinâmica não se trata de regra de julgamento. Deve o órgão julgador anunciar a redistribuição antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento. A decisão deve ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele.

Para que se possa respeitar o contraditório, quando o incidente for provocado pela parte, o julgador deverá ouvir a parte contrária antes de decidir. Por sua vez, se a iniciativa partir do juiz, ele deverá consultar as partes, como ato preparatório da

⁵⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v. p. 89.

decisão de saneamento.

Não obstante, se o magistrado deliberar pela redistribuição, sem realizar a consulta, aquele que for prejudicado tem o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo de cinco dias, de acordo com o art. 357, §1º, NCPC.

Entretanto, feito isso e ainda persistir o redirecionamento e contiver ilegalidade, restará à parte lesada o uso de agravo de instrumento, de acordo com o artigo 1015, XI do NCPC.

Quando as partes ingressam em juízo, os encargos probatórios são pré-definidos pela lei e conhecidos pelas partes, ou seja, o comportamento de cada litigante já está estabelecido. Qualquer deliberação judicial que altere essa situação não pode ser feita de surpresa, pois pode resultar em prejuízo para a garantia do contraditório e ampla defesa.

A parte que se depara com a inovação deve ser intimada a tempo de se empenhar na tarefa que lhe foi agregada, de maneira útil à defesa de seus interesses em jogo no processo.

Dessa forma, a decisão que determina a redistribuição deve ser prolatada de maneira a respeitar o contraditório e a ampla defesa, facilitando o caminho da verdade real. Isso ocorre, pois, a parte deve ter ciência prévia daquilo que lhe cabe fazer para estar em posição de receber um julgamento favorável.

Nesse diapasão, de acordo com Humberto Theodoro Júnior, o novo Código absorveu a teoria do ônus dinâmico da prova, mas o fez com todas as cautelas necessárias para evitar decisões surpresa e para cumprir, com afetividade, o contraditório, e bem observar o princípio democrático da cooperação entre os sujeitos do processo.⁶⁰

O direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva engloba necessariamente o direito também fundamental à igualdade substancial e à prova.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p.920.

Nesse sentido, é em razão da verdade real que se reconhece ao juiz o amplo poder na iniciativa da prova, que exerce em nome do interesse público na efetividade da justiça. Por derradeiro, lhe atribui o poder de redistribuir o ônus da prova, quando necessário à adequada apuração da verdade.

Enfim, a técnica de alteração do ônus estático da prova consiste em criar uma norma adequada ao caso concreto, evitando a sobrecarga no acesso aos direitos e observando o imperativo da cooperação e lealdade processual.

4.4 O ônus da prova nas ações do consumidor

A redistribuição do ônus da prova não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Antes do novo Código de Processo Civil, já era discutida pela doutrina e jurisprudência. Na legislação pátria, a disposição que determina a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor merece ser analisada com atenção.

O art. 6º, VIII do CDC dispõe que é direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Ao analisar a disposição acima, percebe-se que não há o propósito de exonerar o consumidor do encargo probatório previsto na lei processual. Contudo, o objetivo é promover a superação de dificuldades técnicas na produção das provas necessárias à defesa de seus direitos em juízo.

É preciso considerar o contexto em que as expressões verossimilhança e hipossuficiência são utilizadas e relacioná-las com a natureza das relações de consumo e com a posição que o consumidor nelas ocupa.

No entanto, não é em toda situação que o consumidor é hipossuficiente, ou seja, desprovido de técnicas processuais para promover a prova do fato constitutivo de seu direito. Logo, se diante da situação fática não há a dificuldade técnica não pode o julgador inverter o ônus da prova, apenas quando se encontra perante casos em

que há a vulnerabilidade genericamente reconhecida pelo CDC.

Nesse caminhar, nas demandas de relação de consumo, existe uma regra que autoriza, em certos casos, a transferência do ônus da prova do autor consumidor para o réu fornecedor. Não obstante, a inversão não é automática e nem sempre ocorrerá nas ações de consumo. Além disso, não se pode entender que o consumidor está totalmente liberado de comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Sendo assim, a lei consumerista estabelece as condições, verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor, que deverão ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício.

Concedido a vantagem, o réu não fica encarregado de provar o fato constitutivo do direito do autor, mas deve comprovar aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade. Por exemplo, deve provar a existência de fato fortuito, culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o resultado danoso e produto consumido, entre outros.

Dessa maneira, é um expediente que deve ser utilizado com cautela, equidade e moderação, de modo que deve ser aplicado como instrumento de obtenção de equilíbrio processual entre as partes.

4.5 A Convenção do ônus da prova no novo CPC

Há a permissão, no Código de Processo Civil, para se convencionar a respeito do ônus da prova para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato. Vejamos o dispositivo legal:

Art. 373, § 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.

Trata-se de negócio jurídico processual, admitido desde que satisfeitas as exigências para a validade de qualquer negócio jurídico. Não admitem a modificação do ônus da prova as situações em que as normas ditadas no interesse público, de caráter cogente, atribuem o ônus de certa prova a alguém.

Em relação à forma da modificação convencional, a lei não impõe modo pré-determinado. Admite-se, pois, que seja veiculada por qualquer forma. Pode constar em contrato de forma específica, a fim de prevenir futura demanda, ou facilitar a condição de uma das partes, ou poderá ser objeto de pacto específico. Há, portanto, liberdade de forma no que diz respeito a essa convenção.

Isso, porém só é admissível quando a cláusula dispor acerca de direitos disponíveis e quando não tornar impraticável o próprio direito da parte.

Contudo, deve ser feito em documento escrito para ser apresentado em juízo, pode ser por instrumento público ou particular, por petição conjunta ou mediante termo nos autos. Pode ser convencionado antes ou durante a prestação jurisdicional, por petição escrita, antes da fase de saneamento.

4.6 A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova em casos práticos

Isto posto, no Brasil, a teoria das cargas dinâmicas da prova, mesmo antes de sua adoção pelo novo Código de Processo Civil, já contava com amplo apoio doutrinário e jurisprudencial.

Como foi visto anteriormente, fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio do qual, no caso concreto, conforme evolução do processo, seria atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos discutidos na causa, ou simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração.⁶¹

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p. 911.

Conforme abordado, a inversão do ônus da prova nas ações consumerista é um exemplo clássico da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Assim, nas relações de consumo, o consumidor tem dificuldade na demonstração da causa do defeito do produto ou do serviço, enquanto o fornecedor possui o conhecimento técnico a respeito do funcionamento do bem ou do serviço fornecido. Logo, aufere-se que a causa do acidente de consumo não é indemonstrável, ocorre que o consumidor não se encontra em situação de comprová-la corretamente.

Nesse sentido, nota-se que o magistrado não imputará a uma parte o encargo de provar o fato constitutivo do direito do litigante adversário, mas atribuirá o ônus de demonstrar a própria alegação que baseou sua defesa. No caso, o réu que nega ter tido culpa no ato danoso suportado pelo autor, não teria de provar nada caso fosse aplicado o sistema estático, pois a controvérsia diz respeito a fato constitutivo do direito à indenização.

Há também os casos de responsabilidade civil em que há perdas e danos e lucros cessantes. Nessas situações, a dificuldade probatória decorre da própria natureza da coisa ou do evento a ser demonstrado em juízo.

Daí ter-se, modernamente, formado um entendimento, com trânsito doutrinário e jurisprudencial, mesmo antes do novo Código, segundo o qual, nas ações de responsabilidade civil, sobretudo em prestação de serviços técnicos como o dos médicos, dentistas e outros de grande complexidade, é de admitir-se um abrandamento no rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo art. 373 do NCPC.⁶²

Vejamos julgados sobre esse tema:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.

1. Não viola regra sobre a prova o acordão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.
2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.
3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz.
- Regularidade.
4. Responsabilização da clínica e do médico que

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v. p. 911.

atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido.⁶³

Ademais, de acordo com Marinoni, na legislação civil há um caso de adoção expressa de inversão do ônus da prova. Trata-se dos negócios por meio dos quais se pratica a agiotagem. No entanto, não basta, porém, ao devedor acusar o credor da prática de negócio usurário, é preciso demonstrar a existência de indícios de que o credor é um agiota e de que o negócio discutido em juízo se liga a essa modalidade ilícita de mútuo, para, em consequência, obter-se a respectiva invalidação.⁶⁴

RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NAO OCORRÊNCIA - ARTIGO 887 DO CÓDIGO CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - AGIOTAGEM - INDÍCIOS - **INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA - POSSIBILIDADE** - ARTIGOS 1º E 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.172/32 - APLICAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSAO, IMPROVIDO. I - Não há falar em violação ao art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil, porque a prestação jurisdicional que se revela contrária ao interesse de quem a postula, não se equipara, para efeito de acesso à via recursal extraordinária, com a ausência de prestação jurisdicional, aptos a justificar sua nulidade. II - O artigo 887 do Código Civil, relativo aos requisitos dos títulos de crédito, não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente, assim, o requisito do prequestionamento da matéria, o que atrai a incidência do enunciado 211 da Súmula desta Corte. III - Havendo indícios suficientes da prática de agiotagem, nos termos da Medida Provisória n. 2.172-32, **é possível a inversão do ônus da prova, imputando-se, assim, ao credor, a responsabilidade pela comprovação da regularidade jurídica da cobrança.** IV - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.⁶⁵

Outrossim, é entendimento do STJ que cabe ao executado o ônus da prova de que os saldos em conta corrente possuem natureza salarial. A prova da impenhorabilidade de bens levados à contrição, deve ser produzida por quem a alega e não pelo réu.

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. **ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.** 1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I,

⁶³ STJ, 4ª., REsp 69.309/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 18.06.1996, DJU 26.08.1996, p. 29.688

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da Convicção e Inversão do ônus da prova segundo a Peculiaridade do Caso Concreto.** Revista dos Tribunais. V. 862, pp 11-21, ago. 2007.

⁶⁵ STJ – 3ª T., REsp 1.132.741/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 06.09.2011, Rev. de Processo, v. 201.443-444)

do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo. 2. **Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.** 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. ⁶⁶

Desse modo ao analisar os casos acima mencionados, conclui-se que a redistribuição dinâmica do ônus da prova estabelecida pelo CPC de 2015 deriva inequivocamente do conceito de processo cooperativo em que todos os sujeitos processuais, as partes, eventuais terceiros intervenientes, os auxiliares da justiça e o próprio magistrado, colaboram entre si com vistas a prestação da tutela jurisdicional justa.

Tal técnica baseia-se nos princípios constitucionais do contraditório, do devido processo constitucional e da eficiência processual, enfatizando o elemento de ampla participação no processo visa a contribuir para o proferimento das decisões mais justas e a satisfação do direito tal qual reconhecido.

Por fim, é necessário reconhecer que a flexibilização das regras legais ordinárias sobre o ônus da prova é medida que se impõe, vez que se integra no modelo de processo cooperativo. Trata-se, no entanto, de medida excepcional, só merecendo modificação quando verificada forte dificuldade probatória relacionada a alguma das partes em detrimento da outra.

⁶⁶ STJ, 4ª T., REsp 619.148 MG, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, ac. 20.05.2010, Dje 01.06.2010.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas que o direito processual brasileiro sofreu uma série de transformações, ao longo dos anos. Desse modo, cumpre ressaltar que, modernamente, há a percepção do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, passando a ser entendida como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito. É possível destacar, ainda, a aproximação do direito processual com o direito material, superando a ideia que este seria autônomo em relação a esse.

Nesse cenário de mudanças, o Código de Processo Civil de 2015 tem como forte característica o reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser entendida como a mais importante fonte normativa do sistema jurídico.

A nova legislação prima pela valorização dos princípios constitucionais, reconhecendo-os eficácia normativa. Dessa maneira, os princípios deixaram de ser instrumento de integração do direito e passam a ser uma espécie de norma jurídica.

Para tanto, o legislador moderno optou por trazer logo no início do Código o capítulo intitulado de “Normas Fundamentais do Processo Civil”. Essas normas estruturam o modelo do processo civil brasileiro e servem de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis.

Contudo, essa novidade implementada pelo Código não constitui inovação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, inequivocamente, decorre dos princípios constitucionais. Por outro lado, não se pode negar que essas alterações representam um fenômeno de aperfeiçoamento do modelo de processo civil pátrio.

Para tanto, o presente trabalho analisou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da cooperação sob a ótica da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito.

Assim, concluiu-se que, atualmente, há a assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo. Dessa maneira, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material.

Por sua vez, a concepção atual acerca do princípio do contraditório vai além da bilateralidade de audiência. Entende-se que é uma exigência para o exercício democrático jurisdicional. Assim, é necessário que se permita que as partes sejam ouvidas, porém em condições poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional. Essa nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro.

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos servem de base para o princípio da cooperação, o qual define o comportamento das partes e do juiz necessários à obtenção de um processo leal, cooperativo e justo.

Nesse sentido, esses novos conceitos colaboram para a ideia de um processo justo, baseado no direito de defesa, no contraditório e na paridade de armas processuais entre as partes.

Sabe-se que, no processo, há a reconstrução de fatos pretéritos, a fim de que a tutela do direito objetivo venha recair, com justiça, sobre os interesses em conflito, tal como estes realmente se configuram. E é por intermédio das provas que se opera a reconstituição do estado de fato do litígio.

Para resolver quanto os pedidos, o juiz depende das partes no que concerne à afirmação e à prova dos fatos em que os mesmos se fundam. Para tanto, as partes devem se posicionar no processo dirigidas por espírito de colaboração com o juiz na justa composição da lide.

Assim, concluiu-se que, nesse contexto de prestação jurisdicional justa, nasce o entendimento da distribuição dinâmica do ônus da prova. Conforme foi estudado, essa técnica visa superar a rigidez do sistema estático do ônus da prova, vez que esse atrofia o processo, e sua aplicação inflexível pode conduzir julgamentos injustos.

A nova legislação processual permite ambas as técnicas de distribuição do ônus da prova. Sendo assim, o juiz tem duas opções, pode seguir a distribuição estática, ou pode escolher por delegar a atribuição do ônus da prova à luz do caso concreto.

Logo, a lei nova reconhece ao julgador a possibilidade de, diante o caso concreto, afastar a rigidez da partilha estática do ônus da prova, adotando um critério

mais maleável. A técnica da distribuição dinâmica atribui o ônus à parte que realmente esteja em condições de melhor esclarecer os fatos relevantes da causa.

A técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova exige um julgador comprometido com a correta distribuição da justiça, pois, é um mecanismo que tem como base a cooperação entre as partes, utilizado quando uma parte tem melhores condições de trazer ao processo os elementos de convicção mais adequados à verdade.

Enfim, a distribuição dinâmica do ônus da prova adotada pelo novo Código de Processo Civil é um poderoso instrumento de superação do tecnicismo jurídico, pois, busca otimizar a busca de resultados democráticos e justos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma., Recurso Extraordinário n. 464.963-GO, Relator. Ministro. Gilmar Mendes, julgado em 14.02.2006, publicado no Diário da Justiça em 30.06.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Agravo de Instrumento n. 529.733-1 - RS, Relator. Ministro. Gilmar Mendes, julgado em 17.10.2006, publicado no Diário de Justiça em 01.12.2006.

_____. Código de Processo Civil (2015). Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em 10 de junho de 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16/03/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. 2 v.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. 1 v.

DONIZZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**: comparado - Lei 13.015/2015. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da Convicção e Inversão do ônus da prova segundo a Peculiaridade do Caso Concreto**. Revista dos Tribunais. V. 862. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDEIRO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 v.

_____. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 2 v.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil: Modificações Substanciais**. São Paulo: Atlas, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Edição de Transição entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dirlei; SILVA, Natanael Lud Santos. **CPC Referenciado - Lei 13.105/2015**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RICCI, Gianfranco. **Principi di diritto processuale generale**. Torino: Giappichelli, 1995.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, Diálogos e Interações**. Rio de Janeiro: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1 v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINE, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Edição de Transição entre o CPC de 1973 e o CPC de 2015**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.