

FACULDADE TRÊS PONTAS – FATEPS

DIREITO

GABRIELLA SIQUEIRA CARNEIRO

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Três Pontas

2018

GABRIELLA SIQUEIRA CARNEIRO

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Esp. Marcelo Figueiredo.

Três Pontas

2018

GABRIELLA SIQUEIRA CARNEIRO

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Três Pontas – FATEPS, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Banca examinadora composta pelos membros

Aprovado em / /

Prof. Esp. Marcelo Figueiredo

Profa. Ma. Camila Oliveira Reis

Prof. Esp. Marcell Voltani Duarte

OBS.:

Dedico este trabalho aos meus pais, minha irmã, meu cunhado e a Deus, pois sem eles nada poderia ser possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por todas as oportunidades me dadas e por todas as conquistas alcançadas ao longo desta trajetória.

Aos meus pais, minha irmã e cunhado, aos meus familiares e amigos pelos incentivos, ensinamentos e auxílios prestados sempre visando a minha felicidade, progresso e concretização dos meus objetivos.

E aos meus professores, mestres aliás, especialmente o meu orientador Marcelo, por toda dedicação, paciência, carinho e ensinamentos dados a mim.

“Contudo, seja qual for o grau a que chegamos,
o que importa é prosseguir decididamente. ”

Filipenses 3:16

RESUMO

O presente trabalho teve o fim de analisar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. A teoria da dinamização do ônus probatório permite a transformação da regra estática em algo mais dinâmico, permitindo redistribuir o ônus para aquele que possui melhores condições provar o fato. A regra veio para dar maior efetivação às garantias constitucionais que estavam banalizadas no dia a dia, conforme o caso concreto, pela aplicação da regra estática de distribuição do ônus de prova. Em um primeiro momento foram abordados os princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, como devido processo legal, contraditório, acesso à justiça e outros. Mais adiante foi discutido o direito de produção de provas e seu ônus. E por fim, foram analisadas as teorias estática e dinâmica do ônus da prova, demonstrando seus requisitos, os motivos para a mudança, e o seu surgimento. O estudo se utilizou de pesquisa bibliográfica, realizada por meio de doutrinas, dissertações e jurisprudência.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Contraditório. Prova. Ônus da Prova. Dinamização do ônus da prova. Regra estática.

ABSTRACT

The present work had the purpose of analyzing the theory of the dynamic distribution of the burden of proof, innovation brought by the Code of Civil Procedure of 2015. The theory of dynamization of the burden of proof allows the static rule to be transformed into something more dynamic, allowing to redistribute the Onus for those who can best conditions prove the fact. The rule came to give greater effectiveness to constitutional guarantees that was trivialized day by day, according to the concrete case, by the application of the static rule. Initially, the constitutional principles applicable to civil procedure, such as due process of law, adversarial proceedings, access to justice and others, were addressed. Later on, the right to produce evidence and its burden was discussed. Finally, we analyzed the static theories and dynamics of the burden of proof - here it has been demonstrated, its requirements, the reasons for the change, and its emergence. The study was based on bibliographical research, carried out through doctrines, dissertations and jurisprudence.

Keywords: *Access to Justice. Contradictory. Proof. Burden of Proof. Streamlining the burden of proof. Static rule.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO CIVIL	12
2.1 Do acesso à justiça	14
2.2 Do devido processo legal	16
2.3 Do contraditório.....	18
2.4 Da cooperação	20
2.4 Da verdade real.....	21
3 O DIREITO À PRODUÇÃO DAS PROVAS	23
3.1 Conceito	23
3.2 Classificação das provas.....	24
3.3 Função das provas	25
3.4 Destinatário da Prova.....	26
3.5 Objeto da Prova	27
3.5.1 O ônus da prova de fato negativo	28
3.6 Prova diabólica	29
4 DO ÔNUS DA PROVA	31
4.1 Natureza	31
4.2 A prova como ônus	32
4.3 Aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova	32
4.4 Do sistema legal do ônus da prova	33
4.5 Poderes instrutórios do juiz	34
4.6 A Teoria Da Distribuição Estática Do Ônus Da Prova	36
5 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	38
5.1 Iniciativas influenciadores para a mudança da regra de distribuição do ônus da prova	40
5.2 A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC	43
5.3 Requisitos para a aplicação da dinamização.....	44
5.3.1. Requisitos	45
5.3.1.1 Decisão Motivada	45
5.3.1.2 Momento da distribuição	46
5.3.1.3 Observância do contraditório.....	47
5.3.1.4 Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa.....	47
5. 4 Dinamização e Inversão do ônus da prova: distinções necessárias.....	49
6 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a relação humana, desde o princípio, é marcada por conflitos e quando esta discordância encontra resistência em uma das partes, se faz necessário saber qual o fato o gerou e de quem é o direito.

Inicialmente, a solução dos conflitos era feito através da autotutela, onde uma das partes impunha-se através da força física, moral ou econômica. Passou-se depois a aderir aos institutos da autocomposição e da arbitragem, até que o Estado se estruturou e este exercendo seu poder de soberania, transferiu para si as soluções dos conflitos, organizando as sociedades por meio de leis e aplicando as pretensões por elas impostas, surgindo então o direito de recorrer à justiça ou o direito de ação.

Deste modo, o órgão jurisdicional, representante do Estado, por meio do processo, analisará a pretensão das partes para que no fim deste diga de fato de quem é o direito. O magistrado designado para o caso, através das razões expostas e provas apresentadas, deverá formar suas convicções e formular um raciocínio a fim de julgar a contenda a favor de uma das partes.

A descoberta da verdade dos acontecimentos é pautada em elementos/fontes que, valorados, servem para gerar o convencimento e, por fim, a certeza ou não da ocorrência dos fatos. Neste cenário, as provas surgem como fontes de esclarecimentos sobre a veracidade dos fatos. Processualmente, são elementos que geram a certeza dos julgados acerca das alegações apresentadas, servindo deste modo, para a resolução do conflito de forma justa.

O ônus, via de regra, é estático e rígido, definido pela legislação processual, na qual incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ocorre que, existem situações em que determinada parte pode não ter a capacidade de se desincumbir de seu ônus devido à dificuldade ou impossibilidade de produzir a prova, que pode ser acessível ao outro litigante, mas que de acordo com a regra de procedimento este não tem obrigação de produzir

Assim constatou-se a necessidade de discussão sobre a flexibilização do ônus probatório, a fim de se buscar a verdade real no processo, e por isso o novo Código de Processo Civil em vigor desde de 18 de março de 2016, adotou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Tal teoria permite a análise das peculiaridades do caso concreto, produzindo as provas necessárias ao destino do feito de forma igualitária, o que garante, por consequência, o acesso justo ao órgão jurisdicional e a verdade real no processo.

No primeiro capítulo, demonstra-se a importância dos princípios para todo o ordenamento jurídico, visto serem eles o caminho para se alcançar o melhor resultado interpretativo da lei. Os princípios podem ser entendidos como orientações, mandamentos de otimização e diretrizes gerais que servem como meio de interpretação da lei.

O presente trabalho abordará os princípios do devido processo legal, do contraditório, da cooperação, do acesso à justiça e da verdade real. Tais princípios estão estreitamente ligados à produção probatória, pois deve se dar sempre em contraditório, objetivando garantir o acesso à justiça, permitindo uma prestação jurisdicional cooperativa, em busca da verdade real, em devido processo legal, sendo afirmada pela previsão legislativa da distribuição dinâmica do “*onus probandi*”.

No segundo capítulo, trata-se do direito de produzir provas no processo que decorre diretamente do direito de defesa. É conteúdo do direito fundamental ao contraditório, assegurada por meio art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

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.

No terceiro capítulo aborda-se o ônus da prova, que é, o encargo atribuído a um sujeito para demonstrar suas alegações. Tal encargo pode ser distribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. A inobservância do ônus pode colocar a parte inobservante numa situação de desvantagem.

E no último capítulo aborda o tema deste trabalho, a teoria da distribuição do ônus da prova. Com a inovação trazida no CPC de 2015, o legislador autoriza o juiz, após análise do caso concreto e preenchendo certos requisitos, a redistribuir o ônus da prova.

Não se trata de eliminar a regra estática, mas sim de complementá-la, tornando o processo mais justo, comprometido com a busca da verdade real, transformando os litigantes em cooperadores no aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional.

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.

Analizará sua evolução histórica, as iniciativas que deram motivos para a mudança e seus requisitos para aplicação.

Entende-se, por fim, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova demonstra-se como um grande instrumento promissor, no sentido de proporcionar a efetiva funcionalidade

da tutela jurisdicional, trazendo consigo a necessidade de colaboração entre os sujeitos processuais e a concretização de um contraditório forte

2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO CIVIL

É evidente a importância dos princípios para todo o ordenamento jurídico brasileiro, e por tal importância os doutrinadores passaram a se dedicar intensamente sobre o assunto. De tal modo, é de grande valia a pesquisa sobre o tema, visto serem eles, os princípios, o caminho para alcançar o estado de coisas, conforme Humberto Theodoro Junior (2017).

Em suma, os princípios podem ser entendidos como orientações, mandamentos de otimização e diretrizes gerais que servem como meio de interpretação da lei, ajustando estas sempre que necessário ao caso concreto; como instrumento fundamentador da ordem jurídica no qual está inserido; ou como fonte subsidiária preenchendo lacunas apresentadas no nosso ordenamento jurídico.

O célebre doutrinador Robert Alexy citado por Nery Junior define princípios como:

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Assim, os princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizado pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas. (ALEXY apud NERY JÚNIOR, 2014, p. 228)

Didier (2015) afirma que princípio é espécie normativa. Trata-se de uma norma que estabelece um fim a ser atingido, na qual devem ser alcançados devidos comportamentos para à realização de um estado de coisas, ou, inversamente, instituindo um dever de efetivação de um estado de coisas para adoção de certos comportamentos.

Assim, o Direito Processual, bem como os outros ramos do Direito, se norteia por uma série de normas, regras, para que possam ser atingidos os objetivos. Nesta senda, as normas processuais correspondem aos princípios comuns e específicos que nos permitem entender o significado real.

Antes, de destacar alguns princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, faz-se necessário lembrar que sendo o direito um ramo de uma estrutura maior, as leis que conduzem o processo se apoiam em princípios universais, sendo estes observados em todo nosso ordenamento jurídico (THEODORO JUNIOR, 2017).

Os princípios universais são: princípio da legalidade, princípio lógico, princípio dialético e o princípio político.

O princípio da legalidade significa subordinação e respeito à lei. Tal subordinação limita o exercício do Poder Judiciário, bem como da atividade e do poder do Juiz, sendo que suas decisões deverão sempre ser fundadas na lei.

No atual Código de Processo Civil, o princípio da legalidade encontra-se expresso no artigo 8º:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2015)

De acordo com Theodor Júnior (2017), o Poder Judiciário, no desempenho da função jurisdicional, deve observar o princípio da legalidade e o ordenamento jurídico no qual se refere o artigo 8º do CPC compreende a lei e qualquer provimento normativo legitimamente editado pelo Poder Público.

O princípio lógico estabelece que o magistrado deve partir de uma sequência ordenada de atos, buscando o meio mais eficaz e rápido para se encontrar a verdade.

Este princípio impõe que os atos e decisões das autoridades públicas devem sempre deliberar dentro de uma racionalidade e se cumprem através da exigência de serem as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme estabelece a Constituição Federal, artigo 93, inciso IX.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

Já o princípio dialético consiste na observância de critérios lógicos tanto pelo jurista bem como pelo operador do Direito. No Direito, a lógica é a razoabilidade, que se dá por meio de debate e argumentação sobre a melhor e mais adequada maneira para a interpretação das leis.

Sobre este princípio, ensina o doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

No processo, o princípio dialético se realiza por meio do contraditório imposto pela Constituição, e que se traduz na ampla discussão entre as partes e o juiz em torno de todas as questões suscitadas no processo, antes de serem submetidas a julgamento.

Dessa maneira, o provimento judicial representa o resultado dialético do debate ocorrido no desenvolvimento do processo, ficando assegurada a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de efetiva participação na construção do resultado da tutela jurisdicional. (THEODOR JUNIOR, 2017, p. 62)

Assim, sob a regência da lei e depois de amplo debate com base nos fatos e fundamentos apresentados é que se dará a decisão do magistrado.

E por derradeiro, o princípio político, que tem por objetivo tornar as decisões dos magistrados mais justas. Tais decisões, devem estar sempre subordinadas a interpretação do caso concreto, aos costumes, valores e princípios, de modo que torne o processo “não apenas um instrumento de aplicação concreta das leis, mas, sim, de realização da justiça prometida e assegurada pela Constituição” (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 62).

O Direito Processual Civil modernamente tem como marcante característica o reconhecimento da força normativa da Constituição, assim, no primeiro capítulo do Código de Processo Civil intitulado “Normas Fundamentais do Processo Civil”, dispõe sobre os princípios que obrigatoriamente devem orientar todo o processo, muitos deles já resguardados na Carta Magna.

Deste modo, o presente trabalho abordará os princípios do devido processo legal, do contraditório, da cooperação, do acesso à justiça e da verdade real. Tais princípios estão estreitamente ligados à produção probatória, pois deve se dar sempre em contraditório, objetivando garantir o acesso à justiça, permitindo uma prestação jurisdicional cooperativa, em busca da verdade real, em devido processo legal, sendo afirmada pela previsão legislativa da distribuição dinâmica do “*onus probandi*”.

2.1 Do Acesso à Justiça

Tendo em vista o direito fundamental do acesso à justiça, ou também conhecido como princípio da inafastabilidade jurisdicional, previsto na Carta Magna, no artigo 5º, XXXV, o Código de Processo Civil também consagrou o princípio no seu artigo 3º que dispõe, “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.” (BRASIL, 1988)

Modernamente, se compreende por acesso à justiça o direito a uma tutela jurisdicional justa e efetiva para todos os interesses particulares protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Este princípio se traduz no direito de ação em sentido amplo, isto é, o de obter uma resposta aos requerimentos dirigidos ao Poder Judiciário, o qual, não pode se recusar de examinar e responder os pedidos formulados. (GONÇALVES, 2017)

Do ponto de vista estrutural, Humberto Theodoro Júnior, nos diz:

O acesso à Justiça exige que concorra, por parte dos órgãos e sistemas de atuação do Judiciário, a observância de garantias como: a da *impressoalidade e permanência da jurisdição*; a da *independência dos juízes*; a da *motivação das decisões*; a do respeito ao *contraditório participativo*; a da inexistência de *obstáculos ilegítimos*; a da *efetividade qualitativa*, capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo a que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; a do respeito ao *procedimento legal*, que, entretanto, há de ser *flexível e previsível*; a da *publicidade* e da *duração razoável do processo*; a do *duplo grau de jurisdição*; e, enfim, a do “*respeito à dignidade humana*”, como o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais. (THEODOR JÚNIOR, 2017, ps. 91,92)

Acerca deste tema, a jurisprudência tratou da seguinte forma:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA.

- A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXXIV, dispõe que o benefício da assistência judiciária somente será concedido quando restar devidamente comprovada a alegada insuficiência de recursos para arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, visando dar eficácia ao princípio constitucional do acesso à justiça.
- Diante da comprovação de não ter condições de arcar com as custas processuais, deve ser deferido o pedido da **justiça** gratuita. (MINAS GERAIS, TJ, Ag. 1.0073.18.000990-1/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, 2018, destaque nosso)

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE. VALOR FIXADO. REDUÇÃO. NECESSIDADE

- De acordo com o artigo 80, do Código de Processo Civil, será aplicada multa ao litigante de má-fé quando for constatado o comportamento proposital e malicioso, com o intuito de alterar a verdade dos fatos e conseguir indenização indevida.
- A multa por litigância de má-fé deve ser arbitrada em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo a não inviabilizar o acesso à justiça da parte ou mesmo sua subsistência. (MINAS GERAIS, TJ, Ap. 1.0472.15.003383-6/002, Rel. Des. Cabral da Silva, 2018, destaque nosso)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - PAGAMENTO EM DUPLICIDADE - SOLUÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA - DESNECESSIDADE.

Por força do art. 5º, inciso XXXV, não há necessidade de acionar a via administrativa para o acesso ao judiciário, que deverá apreciar lesão ou ameaça a direito, garantindo, assim, o princípio do acesso à justiça. (MINAS GERAIS, TJ, Ap. 1.013412.003757-4/001, Rel. Des. José Augusto Lourenço Santos, 2018, destaque nosso)

O Código de Processo Civil busca, em sua essência, minorar os obstáculos ao acesso à justiça, sejam eles temporais, econômicos ou de ordem social, por meio da simplificação dos

procedimentos e da cooperação entre as partes, consagrando, dentre outros, o princípio da igualdade ou paridade de armas.

Saliente-se que o princípio do acesso à justiça é complementado por outros, tais como: o do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões por parte dos juízes, ou ainda do juiz natural. E todos eles convergem para o fim maior que é a efetivação do acesso à justiça.

Assim, resta demonstrada a impossibilidade de se dissociar o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional do acesso à ordem jurídica justa, uma vez que esse último é viabilizado pelo primeiro e representa a aceitação do maior número de pessoas em juízo, a oportunização do amplo direito de defesa e de contraditório e o respeito às garantias processuais.

2.2 Do Devido Processo Legal

É sabido que a Constituição Federal de 1988 consagra um rol exemplificativo de garantias constitucionais com finalidade de servir à cidadania e à democracia. Assim, é necessário destacar o artigo 5º, inciso LIV o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).”

Câmara (2014, p.42) afirma que, “a consagração na Lei Maior do princípio do devido processo legal é suficiente para que se tenha por assegurados todos os demais princípios constitucionais do Direito Processual.”

Paulo e Alexandrino (2015, p. 187), assegura que o princípio teve origem na Magna Carta Inglesa de 1215, sendo traduzida da seguinte forma:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exiliado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.

Segundo o doutrinador Didier Jr. (2015a., p. 63), a expressão “devido processo legal”, corresponde à tradução da expressão inglesa “*due process of law*”. *Law*, significa Direito, e não Lei. Assim, o processo deve estar sempre em sintonia com o Direito como um todo, e não apenas em conformidade com a Lei.

Acerca do princípio do devido processo legal, o Ministro Celso de Mello citado por Paulo e Alexandrino, leciona o seguinte:

O exame da garantia constitucional do *due processo of law* permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua própria configuração, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito de um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. (CELSO DE MELLO, 2008 *apud* PAULO, ALEXANDRINO, 2015, p. 187)

Atualmente e modernamente, faz-se uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo, devendo este realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material.

E nessa busca do “processo justo” e na “realização do melhor resultado concreto”, o princípio do devido processo legal realiza, entre outras funções, a de supraprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo quanto o procedimento. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

O devido processo legal é direito fundamental que pode ser compreendido em duas dimensões: *devido processo legal formal ou procedimental e o devido processo legal substancial*.

No sentido formal, o devido processo legal encontra-se a definição tradicional do princípio, obrigando os magistrados a observarem os princípios processuais para condução do processo para a tutela de seus direitos materiais.

Este é intimamente ligado aos princípios do contraditório, do juiz natural e da duração razoável do processo.

No sentido substancial, este é uma forma de controle nas decisões dos magistrados, limitando seus poderes, estabelecendo um controle material de constitucionalidade e proporcionalidade, já que o julgador tem que questionar a razoabilidade de determinada lei e justiça das decisões estatais.

Fredie Didier Jr, citando Carlos Augusto de Assis, ensina:

Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) ajuda a

esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a ideia equivocada de que a acepção substancial do *due process of law* não seria aplicável em países do sistema romano-germânico, com menor liberdade para o julgador do que os do tipo *judge makes law...*; c) reforça a ideia de equilíbrio que permeia todo o processo civil. Como no clássico dilema entre celeridade e segurança. (ASSIS, apud DIDIER JR., 2015a., p. 69, destaque do autor)

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.

2.3 Do Contraditório

O princípio do contraditório está assegurado na Constituição Federal, como direito fundamental, no artigo 5º, inciso LV, o qual dispõe, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes (BRASIL, 1988).”

Em busca da aproximação dos princípios constitucionais com o intuito de promover a participação equânime dos sujeitos processuais, o Código de Processo Civil tratou de dispô-lo em diversos momentos, 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. (BRASIL, 2015)

Do contraditório resulta em duas exigências: dar ciência aos réus, da existência do processo, e aos litigantes, de modo geral, de tudo o que nele passam permitindo que estes se manifestem, que apresentem suas pretensões e se oponham à pretensão do adversário. (GONÇALVES, 2017)

Nesta perspectiva, as partes devem ser comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a ambas, oportunidade de reação garantindo a participação na defesa de seus interesses. Sendo este aplicável a ambas as partes, é comum o emprego da expressão

“bilateralidade da audiência”, representando a paridade das armas aplicadas pelas partes que se contrapõem em juízo.

Mas, como toda regra há exceção, o CPC em sua nova disposição, trouxe algumas excepcionalidades, conforme expõe o doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

O CPC evidencia a sua preocupação com o contraditório ao estabelecer, no art. 9º, que: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida”, excepcionando-se as hipóteses de tutela provisória de urgência, de tutela de evidência prevista no art. 311, incisos II e III, e a decisão prevista no art. 701, isto é, de expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou execução de obrigação de fazer ou não fazer, quando preenchidos os requisitos para o processamento da ação monitória. Além disso, com o intuito de evitar que qualquer dos litigantes seja surpreendido por decisão judicial sem que tenha tido oportunidade de se manifestar [...] **Veda-se assim a decisão surpresa**, em que o juiz se vale de fundamento cognoscível de ofício, que não havia sido anteriormente suscitado, sem dar às partes oportunidade de manifestação. (GONÇALVES, 2017, p. 118, 119, grifo do autor)

O descumprimento dos artigos citados inicialmente, quais sejam 9º e 10 do CPC, implicará na nulidade do processo, por ferir ao princípio do contraditório.

O artigo 5º, LV, da CF, assegura o contraditório em todos os processos judiciais e administrativos, mas não estabelece se este tem que ser necessariamente prévio, e por isso há casos em que se justifica o *contraditório diferido*.

O contraditório diferido é permitido nos casos em que há risco iminente de prejuízo irreparável ou em que o contraditório prévio pode colocar em risco o provimento jurisdicional. O professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017, p. 123), exemplifica a seguinte situação em que pode se dar o contraditório diferido: “Imagine-se que alguém tente fugir com uma criança, levando-a para outro país. A mãe, preocupada, ajuíza ação de busca e apreensão. Se fosse necessário ouvir primeiro o réu, haveria risco de desaparecimento da criança”.

A situação acima exemplificada permite que o magistrado conceda a medida e, depois, ouça o réu, não havendo ofensa alguma ao princípio do contraditório, já que o litigante terá o direito de se opor *a posteriori*.

Outra situação que confronta o princípio do contraditório, é a sentença *inaudita altera parte*, na qual julga, o mérito liminarmente, em favor do réu que ainda não foi citado (art. 332 do CPC – Improcedência Liminar do Pedido). Neste caso, não há ofensa ao princípio, pois, a sentença só pode ser proferida nestes moldes, quando for de total improcedência, isto é, quando não lhe trouxer nenhum prejuízo. (GONÇALVES, 2017)

Deste modo, as mudanças ocorridas no entendimento do direito do contraditório, a partir do Novo Código de Processo Civil, muda significativamente a dinâmica do processo,

redefinindo o modelo do processo civil, onde o processo há de ser cooperativo, já que este promove a participação das partes em juízo, tutelando a segurança jurídica.

2.4 Da Cooperação

Adotado como norma fundamental, tal princípio foi uma das inovações do Código de Processo Civil de 2015. Elencado no artigo 6º, este dispõe que: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Acerca do princípio da cooperação, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior, repassa o seguinte ensinamento:

Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 98)

O princípio da cooperação determina a estruturação do processo civil no direito brasileiro, no qual todos os sujeitos processuais, partes, magistrado, terceiros e serventuários, precisam cooperar e colaborar entre si, com a finalidade única da prestação da tutela jurisdicional.

O doutrinador Marcus Vinicius Rios Gonçalves relata um exemplo de aplicação do princípio da cooperação:

Um exemplo concreto é aquele fornecido pelo art. 357, § 3º, que trata do saneamento do processo. Em regra, ele é feito pelo juiz, sem necessidade da presença das partes. Mas, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, o juiz deverá convocar audiência, para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que, se for o caso, ele as convidará a integrar ou esclarecer suas alegações. Outro é o do art. 321 do CPC, que obriga o juiz a indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado na petição inicial, quando ordena ao autor que a emende. (GONÇALVES, 2017, p. 173)

Neste princípio, alguns comportamentos tornam-se necessários para que se tenha um processo leal e cooperativo, atribuindo aos sujeitos da lide deveres. Deste modo, são ilícitas as

condutas contrárias à obtenção da comunidade processual de trabalho que o princípio da cooperação busca promover.

A participação ativa da comunidade influencia toda decisão judicial, assim, o princípio da cooperação tende a transformar o processo numa “comunidade de trabalho”, na qual se potencializa o diálogo entre todos os sujeitos processuais, a fim de alcançar a solução mais adequada e justa ao caso concreto.

2.5 Da verdade real

O fim dos litígios, de maneira legal, é de interesse não só do Poder Judiciário, mas, sim, de toda a população. O juiz, operando pela sociedade em um todo, tem um maior interesse na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento que compõe o imbróglio.

Rui Portanova *apud* Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 73), expõe que “a adoção plena no processo civil do princípio da verdade real é uma consequência natural da modernidade publicística do processo.”

A aplicação do princípio da verdade real, em suma, dá uma maior liberdade aos magistrados para que possam produzir provas na instrução processual, buscando, em si, a verdade e não se baseando apenas nas alegações trazidas pelas partes (verdade formal).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESPEJO - LOCAÇÃO COMERCIAL - PRELIMINAR DE NULIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA - DIREITO CONTROVERTIDO - NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO SEGURA DA PROVA - CONFIGURAÇÃO - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - NÃO CABIMENTO NA ESPÉCIE.

- O julgador, destinatário da prova que é, deve assegurar a produção das provas indispensáveis à formação do seu convencimento.

- O **princípio da verdade real** autoriza o julgador a deferir e determinar a produção de provas que contribuam para o esclarecimento dos fatos narrados pelas partes, mesmo de ofício, não devendo se contentar com a mera **verdade** formal, porquanto é o seu **real** destinatário, conforme preceitua a norma inserta no art. 370 do CPC/15.

- Não se justifica o julgamento da lide nos moldes como ocorrido, tendo em vista a necessidade de apuração da veracidade dos acontecimentos, devendo, pois, ser oportunizada a produção de prova, em prol da garantia constitucional do devido processo legal. - Caracterizada a nulidade processual impõe-se a cassação da sentença e o retorno dos autos à origem, a fim de que sejam realizadas as provas imprescindíveis ao julgamento da lide. (MINAS GERAIS, TJ, Ap. 1.0702.16.028089-8/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 2018, grifo nosso)

Assim, não há provas de valor devidamente hierarquizado no direito processual moderno, a não ser aquelas solenes. Consoante artigo 371 do CPC, o juiz ao sentenciar deve

formar seu convencimento valorando as provas segundo critérios lógicos e fundamentando suas decisões.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL,2015)

Um fenômeno decorrendo da busca da verdade real no processo civil é o chamado pela doutrina de *aquisição da prova pelo processo*. O doutrinador Humberto Theodor Júnior, elucida acerca do fenômeno:

Uma vez incorporada uma prova aos autos, não importa quem a produziu, isto é, torna-se irrelevante indagar se proveio da parte a que tocava, ou não, o *onus probandi*, ou mesmo se decorreu de iniciativa do juiz ou de informação espontânea de terceiro. A prova presente nos autos, capaz de revelar fato importante ao julgamento da causa, não pertence nem ao autor nem ao réu e, tampouco, ao juiz, ela é uma aquisição do processo. Torna-se uma realidade no processo que ao juiz não é dado ignorar, em decorrência de seu compromisso fundamental com a busca da verdade real. (THEODRO JÚNIOR, 2017, p.75)

Além de tudo, ao juiz não é dado ignorar elementos de convicção existentes nos autos que sejam capazes de elidir a presunção legal relativa. A verdade real haverá sempre de prevalecer, se elementos evidenciadores dela existirem ao alcance do julgador, não importa quem os tenha trazido para o processo.

3 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, nestes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).”

Além disso, de acordo com Fredie Didier (2015b), 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.

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.

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.

3.1 Conceito de prova

A prova se encontra presente em todos os momentos da vida de uma pessoa, ultrapassando o plano do Direito. Qualquer decisão humana, independente do ambiente em que venha a ser proferida, resulta de um convencimento produzido a partir da análise de diversas circunstâncias.

Fredie Didier (2015b), explica que no processo jurisdicional o objetivo principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, onde cada uma

das partes, conta a sua versão do fato, na tentativa de convencer o magistrado para se tornar a parte vencedora.

Assim, Theodoro Junior (2016, p.1098-1099), alega existir dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo. Veja:

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

Deste modo, a prova produzida de modo pleno facilita a formação da prova subjetiva, fazendo com que a finalidade do direito seja atingida, qual seja a busca pela verdade e a realização da justiça.

As provas são, desta maneira, elementos que podem definir o processo, ou trazer mais segurança para que o magistrado possa fundamentar sua decisão, e por esta razão vê-se a importância e relevância de se construir um material probatório de modo cauteloso.

3.2 Classificação das Provas

Atualmente, há diversas classificações a respeito das provas nas doutrinas. O doutrinador Fredie Didier (2015), classifica a prova em: *quanto ao objeto, quanto ao sujeito (fonte), quanto à forma e quanto à sua preparação*.

Quanto ao objeto, as provas se classificam em diretas e indiretas. As provas diretas são aquelas que se ligam diretamente ao fato que se pretende demonstrar. Já as provas indiretas, são aquelas que pretendiam provar um fato determinado, mas acabam provando outro fato.

Carnelutti, citado por Fredie Didier Jr, apresenta outra classificação quanto ao objeto:

Direta, é a prova por meio da qual o juiz percebe, com os seus próprios sentidos, o próprio fato que se quer provar; exemplo típico disso seria a inspeção judicial.
Indireta, é a prova por meio da qual o juiz percebe, com seus próprios sentidos, um fato (chamado de fato representativo) que representa o fato que se quer provar (chamado de fato representado) [...]. Conclui o autor: “a diferença entre os dois tipos de prova fundamenta-se na *coincidência* ou na *divergência do fato de provar* (objeto da prova); precisamente, a prova indireta apresenta a separação entre o *objeto da prova* e o *objeto da percepção*: o fato submetido à percepção do juiz não serve senão de meio para o seu conhecimento”. (CARNELUTTI *apud* DIDIER JR, 2015, p.43)

Quanto ao sujeito (fonte), estas podem ser pessoais ou reais. As provas pessoais são aquelas em que se extrai uma afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados (ex.: depoimento pessoal, testemunhas). Agora as provas reais, são aquelas que incidem sobre uma determinada coisa (ex.: prova documental).

A classificação quanto à forma, que é a maneira ou a modalidade pela qual esta se apresenta em juízo, estas podem ser classificadas em prova oral, escrita/documental e material. A prova oral, como o próprio nome diz, é aquela obtida verbalmente. A prova escrita/documental é aquela que se obtém por meio de documentos escritos ou gravados. E por fim a prova material consiste em qualquer materialidade que sirva de prova do fato; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, exames periciais etc.

A última classificação, quanto à sua preparação, as provas podem ser: casuais ou simples e pré-constituídas. As casuais ou simples, são aquelas preparadas durante o processo. As provas pré-constituídas, entende-se por aquelas, em sentido amplo, preparadas preventivamente a fim de uma possível utilização no processo; em sentido estrito, consiste em instrumentos públicos ou particulares representativos de algum ato jurídico realizado.

3.3 Função das Provas

O processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, cuja a apreciação do juiz definirá a solução jurídica do litígio. Assim, é na instrução do processo a fase em que as partes devem produzir as provas e suas alegações.

O processo moderno busca solucionar a lide à luz da verdade real, e é na prova dos autos que o julgador busca encontrá-la. Mas, o processo não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, ou seja, a solução jurídica que muitas das vezes não condizem com a verdade real.

Fredie Didier entende que há basicamente três teorias que explicam a finalidade da prova.

Há basicamente três teorias que procuram explicar qual a finalidade da prova: a) a que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser sua finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo; c) a que entende que a sua finalidade é produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão. (DIDIER JR, 2015b, p. 49)

Porém, é necessário ir além deste pensamento, pois a prova, segundo Didier, também tem por finalidade permitir que: “as próprias partes se convençam de que efetivamente são titulares da situação jurídica que pensam ter e da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas”. (DIDIER JR, 2015b, p. 50)

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.

O novo Código adota o princípio 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 adequado ao processo democrático de nosso tempo.

Dessa maneira, o magistrado abandona a figura de simples autônomo que conduz o processo só agindo por provocação à requerimento ou insistência das partes e passa a dirigir o processo de forma inteligente, como um homem que vive no meio social. Assim, no processo moderno a fase probatória, inevitavelmente, também deverá seguir os pressupostos do processo justo, cooperativo e equânime.

3.4 Do destinatário da Prova

Como já visto, a finalidade da prova é facilitar o convencimento do juiz e por isso ele é o principal destinatário, mas estas também se destinam as partes permitindo-lhes decidir acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele.

Por este motivo, a produção de provas deve resultar da atuação conjunta das partes e do magistrado. Deve as partes requerer suas provas que se utilizarão como meio de convencimento ao juiz e a este cabe decidir quais são as provas necessárias, podendo deferi-las, indeferi-las ou requer novas provas que não tenha sido determinada.

O art. 370 do Código de Processo Civil atribui ao juiz poderes para, de ofício, determinar as provas necessárias. Ele deve valer-se desse poder para esclarecer os fatos relevantes para o julgamento da causa. **É dever do juiz proferir a melhor sentença possível, e, para isso, é indispensável que os fatos sejam aclarados.** Se as partes não requereram ou produziram provas suficientes, e o juiz verifica que há outras que, realizadas, poderão esclarecer os fatos, permitindo-lhe julgar com mais

confiança, deve determiná-las, ainda que o processo verse sobre interesse disponível. **A disponibilidade do direito não afasta a exigência, válida para todos os processos e de interesse público, de que o juiz realize sempre o melhor julgamento possível.** (GONÇALVES, 2017, p. 909, grifo do autor)

Assim, há casos em que o juiz determinará a produção de provas mesmo sem o pedido das partes, para que seja formado seu convencimento, não perdendo sua imparcialidade, devendo mostrar devotado ao seu ofício e diligente na busca da verdade real.

3.5 Objeto da Prova

Pode-se notar, que há uma divergência a respeito do que seja exatamente o objeto de prova, pois parcela da doutrina entende-se que são os *atos* objeto da prova, já outra parcela entende-se que as *alegações de fato* é que são o objeto, obtendo assim duas correntes doutrinárias.

Para a segunda corrente, não implica saber se o fato ocorreu ou não, se existiu ou não, pois a veracidade atingirá as alegações de fato, que poderão ser falsas ou verdadeiras. Já na primeira corrente, fato é importante, pois nem sempre este é constituído de alegações e podem ser considerados de ofício pelo juiz, mesmo que as partes não os tenham alegados no processo (NEVES, 2016).

O artigo 374, *caput* do CPC de 2015, adotou o primeiro entendimento, mantendo o que vinha sendo disposto na legislação pelo CPC de 1973. Deste modo, prevê: “Não dependem de prova os fatos (BRASIL, 2015).”

Neves (2016), entende que é melhor afirmar que o objeto da prova será os pontos e/ou questões de fato levado ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio magistrado, e não somente os fatos ou alegações.

Nesse cenário, consideram-se objetos da prova os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos. Os fatos relevantes são fatos da vida que interferem no julgamento da demanda; os fatos pertinentes possuem relação direta e indireta com a causa e os fatos controvertidos são o motivo de questionamento para o processo, alvo da lide. (PELONHA, 2017)

Há, porém, fatos que não reclamam de provas para serem tidos como demonstrados, são eles: *notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos, no processo, como incontroversos; e, em cujo milita presunção legal de existência ou veracidade.*

Os fatos notórios são aqueles de conhecimento geral do homem médio pertencente a um lugar ou círculo social, entram naturalmente em seu entendimento como as datas históricas, fatos heroicos, atos de gestão política, entre outros.

A confissão é considerada pela lei processual como meio de prova, assim os fatos que já foram confessados no processo, não necessitam de mais nenhum meio de prova.

Os fatos incontroversos não são objeto de prova pois, se não há controvérsia, é inútil prová-lo, em prejuízo da celeridade processual tanto buscada no processo moderno.

Por derradeiro, os fatos em cujo milita presunção legal, parte de um fato ocorrido que permite que outro fato, ainda não provado, seja considerado como ocorrido ou existente por conta da presunção. O doutrinador Humberto Theodoro Júnior, apresenta dois exemplos de presunção contido na legislação:

Assim, o filho nascido 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal não precisa provar que sua concepção se deu na constância do casamento (Código Civil de 2002, art. 1.597, III); e o devedor que tem em seu poder o título de crédito não precisa provar o respectivo pagamento (Código Civil de 2002, art. 1206). (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1.103)

Contudo, é válido destacar, que por força do artigo 376 do CPC, o direito pode ser objeto de prova, em caráter excepcional, mesmo que o magistrado conheça o direito, quando as partes alegarem sobre direito municipal, estadual, estrangeiro ou costumeiro, caso o juiz determine.

3.5.1 O ônus da prova de fato negativo

Na atualidade, a ideia de que os fatos negativos não precisam ser provados já não tem muito valor. Tais fatos podem vir a ser objeto de prova, pois todo fato negativo corresponde a um positivo (afirmativo) e vice-versa. Nada impede que se prove um fato afirmativo correspondente quando não se é possível provar a negativa.

Se faz necessário, no entanto, distinguir a *negativa absoluta* da *relativa*.

Segundo Didier (2017, p. 141), “a *negativa absoluta* é a afirmação pura de um fato não fato, indefinida no tempo e/ou espaço (por exemplo: jamais usou um “biquíni de lacinho”).

Por outro lado, a *negativa relativa* é a afirmação de um não fato, justificado pela ocorrência de um fato positivo, definido no tempo e/ou espaço – pode-se notar tal situação quando falamos de “álibis”. (DIDIER, 2017)

É correto afirmar, atualmente, que somente os fatos absolutamente negativos é que são insuscetíveis de prova, por sua indefinição, mas há alguns casos que a negativa absoluta pode

ser provada, por exemplo: “a inexistência de contas bancárias em nome de determinada pessoa, com uma declaração do Banco Central”. Um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes” é a chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais (DIDIER, 2017, p. 141) ”.

3.6 Prova Diabólica

A prova diabólica é aquela cuja sua produção é considerada impossível ou muito difícil. A doutrina usa essa expressão para referenciar os casos em que a veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil ou não há nenhum meio de prova que é capaz de demonstrar a veracidade da alegação.

Didier, mencionando Silva e Reis em seu artigo sobre a teoria da distribuição da prova, para a Revista de Direito Mackenzie, exemplifica o que venha ser uma prova diabólica.

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito”. (SILVA; REIS, 2013 *apud* DIDIER JR, 2017)

Alguns doutrinadores usam a expressão para designar a prova de fato negativo, porém, nem toda prova diabólica se refere a fato negativo, pois nem sempre o autor terá acesso à documentação que comprova a existência do fato; e nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica.

Contudo, há algumas soluções que podem ser adotadas diante a prova diabólica, podendo se utilizar da prova indiciária, prova por amostragem ou a chamada *probatio levior*, ou, “abaixamento do grau de convicção”, quando o magistrado estaria autorizado a considerá-los com base num juízo de aparência. (DIDIER JR, 2017)

A prova pode ser *unilateralmente diabólica* ou *bilateralmente diabólica*.

A prova unilateralmente diabólica, é aquela que é impossível para uma das partes, mas viável para a outra. Ou seja, a prova é difícil de ser produzida por quem deveria fazê-la, conforme a lei, mas pode ser feita pelo outro. Assim, caso as partes não tenham convencionado

a distribuição dinâmica, pode o juiz assim fazê-lo – na fase de saneamento ou instrutória, a fim de impedir a prova diabólica.

Já na prova bilateralmente diabólica, a prova é impossível ou muito difícil de ser produzida por ambas as partes. Nestes casos, o juiz não pode manter o ônus com aquele que alegou o fato e nem pode invertê-lo, assim, no fim da instrução, uma das partes arcará com as consequências gravosas, pois o juiz não terá um grau mínimo de convicção. (DIDIER, 2017).

O Código Processo Civil, veda expressamente a produção da prova diabólica conforme artigo 373, §2º:

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.

§ 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. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

Assim, enquanto as situações de prova bilateralmente diabólicas, enseja um limite em certa medida insuperável a prestação jurisdicional, as situações de prova diabólica unilateral, podem ser contornadas com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada pelo ordenamento jurídico brasileiro, após a vigência do novo Código de Processo Civil.

4 DO ÔNUS DA PROVA

No processo civil, predomina quase sempre o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, tema este que assume especial relevância quanto ao “*onus probandi*”.

O ônus da prova é, segundo Didier (2015b, p. 107), “o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes”.

A inobservância do ônus pode colocar a parte inobservante numa situação de desvantagem. O ônus não é um dever, por isso não pode ser cobrado seu cumprimento, mas ao observá-lo a parte evita essa situação de desvantagem decorrida da sua não observância.

Neste sentido, a doutrina divide o estudo do ônus da prova em *subjetivo e objetivo*. Ou ainda, como *regra de instrução ou regra de julgamento*.

Isto é, em um primeiro momento, o ônus da prova é dirigido às partes, elas que decidirão e serão responsáveis pelas provas de suas alegações. No aspecto objetivo, o ônus da prova é voltado para o juízo que irá julgar, decorre da insuficiência de provas, permitindo ao magistrado que este indique qual das partes suportará o ônus.

4.1 A natureza do ônus da prova

O encargo de comprovar os fatos alegados se ampara em uma pretensão que ultrapassa o terreno processual. Decorre do direito material que pressupõe um suporte fático necessário à sua incidência.

Sem prova do fato previsto como hipótese do preceito do direito material, a parte que a invoca vê-se revestida de incerteza, impedindo que, sua pretensão ou defesa, seja acolhida.

No entanto, o acolhimento dos fatos alegados, depende de sua valorização diante dos pressupostos de direito material, para que se tenha um resultado satisfatório. Theodoro Júnior (2017), explica que

[...] ainda que não tenha a parte responsável pelo ônus deles se desincumbido pessoalmente, mesmo assim poderá obter a tutela jurisdicional se o elemento da convicção necessário vier ter aos autos por outras mãos (iniciativa de outra parte ou

do juiz). Fala-se, por isso, em se o ônus da prova um “ônus imperfeito”. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1124)

Conclui-se, a respeito do ônus da prova, que suas regras não são exclusivamente de direito material nem de direito processual, tratando-se assim, de serem normas de natureza mista, uma vez que embora a sua aplicação se dê no direito processual, este não se dissocia do direito substancial. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

4.2 A prova como ônus

As partes não são obrigadas a produzir provas a respeito do que elas alegarem, mas elas terão o ônus de fazê-la.

O ônus não se confunde com a obrigação, pois a obrigação beneficia outra pessoa, já o ônus beneficia a si mesmo, ou seja, o litigante tem o ônus de contestar, para que este tenha o benefício de tornar os fatos controvertidos.

Assim, quem possui o ônus de provar e não o fizer sofrerá com as consequências que virão decorridas da ausência daquela prova no processo.

4.3 Aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova

A doutrina divide o estudo do ônus da prova em dois aspectos, o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo, ou como regra de instrução ou julgamento.

No aspecto objetivo, o ônus é regra legal que permite o magistrado compor o conflito, mesmo que a parte responsável pela produção da prova tenha se desincumbido de seu encargo.

O ônus objetivo é conhecido também como regra de julgamento no qual guia o magistrado no momento de proferir sentença no caso em que a prova se mostra inexistente ou insuficiente.

Neste aspecto, afasta-se do juiz a possibilidade de alegar o *non liquet* perante dúvidas sobre as alegações de fato por conta da não suficiência e existência de provas. Neves (2016, p. 1.224), afirma que “trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus de prova e não produziu a prova será colocada num estado de desvantagem processual”.

O aspecto subjetivo, avalia o instituto sob a ótica de quem é o responsável pela produção de determinada prova, ou seja, quem deve provar o que. A norma informa à qual parte é a sua tarefa a cumprir para atingir a solução do mérito da causa.

O artigo 373 do CPC, diz justamente sobre tal ônus. Veja:

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. (BRASIL, 2015)

O aspecto subjetivo é direcionado às partes, como normas de procedimento, servindo como guia das partes processuais no momento da produção probatória e qualificando o contraditório, ajudando a busca da verdade real e alcançando uma decisão mais justa.

Nesta senda, o ônus subjetivo só tem relevância para o julgamento do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus objetivo, pois diante da ausência ou insuficiência de provas, o magistrado deverá direcionar qual das partes tinha o encargo de provar colocando em uma desvantagem processual. (NEVES, 2016)

4.4 Do sistema legal do ônus da prova

Como dito anteriormente, cada parte sabe o que deve provar no curso do processo, por força do estabelecido nos incisos do artigo 373 do CPC, repartindo da seguinte maneira: (i) ao autor incumbe o ônus de provar fato constitutivo do seu direito; e (ii) ao réu, o de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Caso o réu conteste negando o fato em que se baseia a lide, o ônus probatório recai sobre este, mesmo que não apresente nenhuma iniciativa à produção da prova, este ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu direito. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Contudo, quando o réu se defende indiretamente, invocando fato que alteram ou eliminam as consequências do fato invocado pelo autor, a regra se inverte, pois, baseando em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu admite como verídico o fato básico da exordial. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

O professor Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 1.127), apresenta um exemplo desta situação descrita acima: “Assim, se o réu na ação de despejo por falta de pagamento nega a existência da relação *ex locato*, o ônus da prova será do autor. Mas, se a defesa basear-se no prévio pagamento dos aluguéis reclamados ou na inexigibilidade deles, o *onus probandi* será todo do réu.”

Destarte, não importa de quem seja o *onus probandi*, a prova há de se apresentar convincente e completa, para que seja eficaz. A falta de prova e prova incompleta equivalem-se, na sistemática processual, do ônus da prova.

4.5 Poderes instrutórios do juiz

Como já demonstrado, as provas produzidas pelas partes devem ser suficientes aos esclarecimentos dos fatos, à descoberta da verdade e à decisão justa da lide. No entanto, o juiz possui poder de agir na produção probatória, determinando diligências visando obtenção de provas necessárias para a decisão do mérito, não sendo somente as partes capaz de produzi-las.

Corroborando tal entendimento, há algumas jurisprudências neste sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - PROCEDIMENTO COMUM - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - REVISÃO DE CLÁUSULAS - CERCEAMENTO DE DEFESA - JUROS REMUNERATÓRIOS - LIMITAÇÃO E CAPITALIZAÇÃO - TAXAS E TARIFAS - PEDIDO GENÉRICO - EXCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR DOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - REPETIÇÃO DO INDÉBITO. 1- Pelo poder instrutório que lhe compete, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. 2- Às instituições financeiras não se aplica a limitação de juros contratuais de 12% ao ano. "Os juros remuneratórios incidem à taxa média de mercado em operações da espécie, apurados pelo Banco Central do Brasil, quando verificada pelo Tribunal de origem a abusividade do percentual contratado ou a ausência de contratação expressa" (STJ, AgRg no AREsp 261913/RS). 3- "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada." (STJ, REsp nº 973.827/RS). 4- Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas (Súmula 381, STJ). 5- Configurada a inadimplência, poderá o credor registrar o nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, o que se dará no exercício regular de direito. 6- Para a repetição de indébito faz-se necessário prova do pagamento indevido e que a cobrança decorra de comprovada má-fé, o que não é o caso dos autos (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 618411/MS). (MINAS GERAIS, TJ, Ap. 1.0702.13.003566-1/001 Rel. Des. José Flávio de Almeida 2018, destaque nosso)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - GRATUIDADE JUDICIÁRIA - CONCESSÃO, MEDIANTE SIMPLES REQUERIMENTO - NÃO

OBRIGATORIEDADE - INDEFERIMENTO, DE PLANO, PELO JUIZ - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE SE OPORTUNIZAR, AO REQUERENTE, COMPROVAR SUA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E FINANCEIRA - RECURSO PROVIDO, EM TERMOS - DECISÃO CASSADA. - Não basta simples requerimento de gratuidade judiciária, mesmo acompanhado de declaração de pobreza, para que o litigante a obtenha, podendo o julgador, mediante exame das condições do requerente e das circunstâncias do caso, deferi-la ou não. - O direito à obtenção automática da gratuidade processual que decorria da Lei 1.060/50, mediante simples requerimento do interessado, não mais subsiste após a vigência da atual Carta Magna, que recepcionou, apenas em parte, o Diploma Legal em referência, na medida em que assegura, em seu art. 5º, inc. LXXIV, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. - A falta de comprovação da hipossuficiência econômica e financeira do pretendente à gratuidade não pode levar ao indeferimento, de plano, do benefício, devendo o **juiz** ensejar, à parte requerente, a oportunidade para demonstrar a alegada insuficiência de recursos. v.v. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. JUSTIÇA COMUM. JUIZADO ESPECIAL. FACULDADE DA PARTE. PESSOA FÍSICA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MISERABILIDADE. PRESENÇA. **PODERES DO RELATOR. RECURSO PROVIDO.** O art. 3º, §3º, da Lei 9.099/95, estabelece as hipóteses em que é facultado o ajuizamento de ação de conhecimento perante o Juizado Especial. - A simples declaração de hipossuficiência financeira não é suficiente para concessão do benefício da gratuidade da justiça à pessoa física, exigindo-se a comprovação do estado de miserabilidade, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, na forma do art. 98, no § 3º, do art. 99, do CPC/15 e no inc. LXXIV, do art. 5º, da CF. - O relator possui poderes instrutórios e poderá converter o feito em diligência, requerendo ao **juiz** da instância primeva a devida produção das provas. Contudo, tendo em vista a economia e a celeridade processual, a produção de prova documental pode ser realizada em instância recursal, sendo desnecessário baixar os autos em diligência para produção de provas pelo **juiz** de primeiro grau. (MINAS GERAIS, TJ, Ag. 1.000.18.007591-3/001, Rel. Des. Luiz Artur Hilário, 2018, destaque nosso)

O Código de Processo Civil propõe uma cooperação entre as partes processuais devendo desempenhar ações conjuntas no processo, facilitando o contraditório para se chegar em uma decisão justa para a lide.

Câmara citado por Pelonha (2017, p. 31), afirma que “o sistema cooperativo impõe a figura do magistrado que atua em igualdade de condições com as partes, havendo uma resolução coparticipativa, com a garantia de que todos esses sujeitos possam produzir provas”.

O poder instrutório do juiz está consagrado no artigo 370 do CPC, veja:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (BRASIL, 2015)

O juiz frui de seus poderes instrutórios a qualquer tempo, mas sua iniciativa deverá ocorrer no momento em que seja indispensável para o esclarecimento do fato que não foi aclarado pelos litigantes, respeitando o contraditório e garantindo a imparcialidade.

A legislação processual traz alguns exemplos das iniciativas probatórias, sendo que é um rol meramente exemplificativo, não havendo impedimento para que o magistrado utilize seus poderes de outros modos para que sejam aclarados os fatos relevantes da demanda.

São exemplos das iniciativas probatórias do juiz:

Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

Art. 421. O juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e dos documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas.

Atr. 438. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição:

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

Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa. (BRASIL, 2015)

Portanto, o propósito de o juiz possuir poderes para produção de provas é esclarecer a verdade na busca da solução justa do conflito, evitando as injustiças decorrentes da continuidade das desigualdades materiais.

4.6 A Teoria da Distribuição Estática do Ônus da Prova

Como já mencionado em tópico pregresso, o ônus da prova pode ser delegado pelo legislador, pelo magistrado ou por convenção das partes. “O legislador distribui estática e abstratamente esse encargo (DIDIER, 2017, p. 135).” Nesta teoria, a prova é distribuída de maneira imutável, ou seja, a cada uma das partes compete o ônus de apresentar os elementos de prova das alegações de fato que fizerem. É tratada como regra geral que estrutura o processo civil brasileiro.

Ao distribuir o ônus da prova, o CPC, considerou três fatores: a posição da parte na causa; a natureza dos fatos da pretensão e o interesse de provar o fato. Assim, estabelece o artigo 373 do CPC, que o autor deverá provar o fato constitutivo do seu direito e o réu fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

Didier (2017, p. 135) afirma que “é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua forma, e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O *fato constitutivo* é o fato da pretensão do direito do autor, constitui uma situação jurídica, na qual o autor afirma ser verdadeira. O réu pode opor-se simplesmente negando o fato, quando sobre este, não pese qualquer ônus – trata-se de defesa direta.

Porém, se o réu trazer fatos novos ao processo que modifiquem, extingam ou impeçam o direito do autor, caberá a ele o encargo de prova-los, pois é de seu interesse que o direito do autor não seja reconhecido.

O *fato extintivo* irá retirar a eficácia do fato constitutivo, arruinando o direito do autor e a pretensão de vê-lo reconhecido no fim da lide. Didier apresenta que estes podem ser conatural ao direito ou sucessivo ao direito. Verifique:

Pode se *conatural* ao direito, já nascendo com ele – por exemplo: confere-se o direito ou seu exercício até certo termo (determinado por prazo prescricional ou decadência), cuja ocorrência gera extinção do direito – ou *sucessivo*, posterior ao seu nascimento (por exemplo: pagamento ou compressão). (DIDIER, 2017, p. 136, grifo do autor)

Contudo, Chiovenda citado por Didier assevera que, “o fato extintivo conatural ao direito pode ser neutralizado temporariamente com a superveniência de um fato novo que reforce o fato constitutivo, tal como a interrupção da prescrição”. (CHIOVENDA, 1969 *apud* DIDIER, 2017, p. 136)

Já o *fato impeditivo* é aquele que impede que o “fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça, tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual (DIDIER, 2017, p. 136)”. Pode ser conatural ao fato gerador ou a ele antecedente, mas, jamais será sucessivo ou posterior, pois está ligado à ausência de pressupostos da validade do ato.

Chiovenda mencionado pelo professor Fredie Didier, explica que,

Para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: 1. causas *eficientes*, que são circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e 2. causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito. (CHIOVENDA, 1969 *apud* DIDIER, 2017, p. 136).

E por fim, o fato modificativo, é aquele que busca alterar o direito do autor, tal como a moratória concedida ao devedor.

5 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Como demonstrado em tópico anterior, o Código de Processo Civil adota como regra geral a partilha do ônus de modo estático e rígido. Entretanto, no cotidiano, constata-se que nem sempre o modelo estático de partilha permite uma satisfatória solução do conflito, se mostrando inadequada, em muitas situações.

Notando-se não ser suficiente, surge então a corrente doutrinária e jurisprudencial argentina a chamada “*teoría de las cargas probatorias dinámicas/ solidaridad de la prueba/ prueba compartida*”, liderada por Jorge W. Peyrano, sob contexto de que a rigidez aplicada na distribuição do ônus, “se mostrava indiferente à possibilidade de causar injustiças em sua aplicação” (PEYRANO, 2004 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 1.131).

Tal teoria teve seus primórdios registrados durante o século XIX, especificadamente no ano de 1823, pelo escritor Jeremy Bentham, foi discutida também pela doutrina alemã pelo jurista Leo Rosenberg e por fim discutida pelo argentino Jorge Walter Peyrano, com quem teve sua maior evolução e delineamento. (PELONHA, 2017)

Os doutrinadores conferiram ao argentino a elaboração da teoria nos moldes atuais, tendo seu surgimento em 1978 quando Peyrano, ainda juiz, aplicou sua ideia a um de seus casos que se tratava de erro médico, “na qual a vítima não dispunha de meios para se desincumbir do ônus probatório e provar a culpa do profissional para que este fosse responsabilizado” (PELONHA, 2017, p. 37).

Em sua dissertação de conclusão de curso, Vitor Rudá de Oliveira Pelonha, assegura que,

O ideal defendido pela teoria da carga dinâmica da prova é de que o ônus probatório deve ser definido pelo juiz e partilhado conforme o caso concreto, considerando as peculiaridades fáticas e a capacidade das partes em provar. Nessa perspectiva, é possível inferir que a tese visa a adaptação do ônus da prova ao contexto da demanda para garantir o acesso à justiça e a efetivação da paridade de armas. Portanto, o objetivo é romper com a distribuição apriorística da regra estática do ônus, em busca do ideal de justiça, visto que em diversos casos a dificuldade ou a impossibilidade de produzir provas acaba por gerar uma decisão injusta, dado que não se alcançou a verdade devido à inadequação da distribuição do *onus probandi*. (PELONHA, 2017, p. 39, grifo nosso)

Busca-se a realidade do processo com a distribuição dinâmica do *onus probandi*, rompendo com a distribuição condicionada a natureza do fato e da posição das partes, já que o

magistrado é quem aplicará a regra conforme a capacidade da parte de produzir a prova, tendo como propósito que o direito seja aplicado verdadeiramente ao quem faz jus dele.

Deste modo, com a inovação trazida no CPC de 2015, o legislador autoriza o juiz, após análise do caso concreto e preenchendo certos requisitos, a redistribuir o ônus da prova. Não se trata de eliminar a regra estática, mas sim de complementá-la, tornando o processo mais justo, comprometido com a busca da verdade real, transformando os litigantes em cooperadores no aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional.

Acerca da teoria, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu da seguinte forma, em um caso de ação declaratória de inexistência de débito:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONTRATAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO - NÃO COMPROVADA - **ÔNUS DA PROVA** - CREDOR - RELAÇÃO JURÍDICA DECLARADA INEXISTENTE - DANOS MORAIS - MERA RESERVA DE MARGEM EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - ABALO NÃO DEMONSTRADO. - Em se tratando de ação declaratória de inexistência de débito, a jurisprudência pátria tem se manifestado no sentido de que o ônus da prova da existência da relação contratual que deu origem à inscrição é do credor. Isso porque não se pode exigir do devedor a comprovação de que não possui a dívida impugnada perante o credor, tendo em vista que se trata de demonstração de fato negativo, configurando-se a denominada **prova diabólica**.
- Nestes casos, aplica-se a teoria da **distribuição dinâmica** do ônus da prova, em que o ônus probandi é distribuído para quem puder suportá-lo, tendo como fundamento o princípio da igualdade, invertendo-se, desta forma, a teoria estática anteriormente adotada pelo revogado Código Processo Civil.
 - Deixando a instituição financeira de comprovar a suposta contratação de cartão de crédito consignado, deve ser reconhecida a inexistência da relação jurídica, bem como a impossibilidade da reserva de margem em benefício previdenciário.
 - O dano moral caracteriza-se, em regra, pela violação aos direitos da personalidade, sendo a dor, humilhação, angústia ou sofrimento em si do indivíduo meras consequências da violação a um bem jurídico tutelado. Por sua vez, os simples aborrecimentos e chateações do dia-a-dia não podem ensejar indenização por dano moral, visto que fazem parte da vida cotidiana e não trazem maiores consequências ao indivíduo.
 - A reserva de margem de consignação no benefício previdenciário do consumidor realizada de forma indevida não é capaz, por si só, de causar abalos à honra do autor, sendo indevida a indenização por danos morais neste caso. (MINAS GERAIS, TJ, Ap. 1.0433.14.030862-1/001, Rel. Des. Maurício Pinto Ferreira, 2018, destaque nosso.)

O magistrado para a aplicação da regra dinâmica deverá seguir criteriosa análise de alguns fatores, conforme elucida Zanetti mencionado por Pelonha, na sua dissertação de conclusão de curso:

Assim, o juiz deverá adotar criteriosa análise das circunstâncias relacionadas aos fatos que serão objeto de prova e a condição privilegiada da parte que pode ser caracterizada adotando-se os seguintes fatores:

a) a função desempenhada pela parte em relação ao fato gerador da controvérsia;

- b) a possibilidade da parte dispor de coisa ou documento indispensável à instrução probatória;
- c) da possibilidade exclusiva da parte em dispor da prova;
- d) de conhecimentos técnicos, profissionais ou jurídicos de que parte dispões no contexto da demanda (ZANETTI, 2011 *apud* PELHONHA, 2017, p. 38)

Não pode se falar então de cerceamento do direito de defesa, pois a dinamização deve ser justificada racionalmente pelo magistrado, diante do caso concreto, não podendo este estabelecer a dinamização a bel prazer.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, não se aplica como regra geral, mas sim em caráter excepcional, de modo a flexibilizar e complementar a regra estática, promovendo o ajuste do ônus às particularidades do caso concreto, verificando qual parte possui melhor condição de produzir a prova, evitando assim a prova diabólica.

Portanto, nota-se que a regra subsidiária de distribuição do *onus probandi* gerará grande mudança na aplicação da regra de repartição, fruto da necessidade do processo ser justo onde será considerado as condições das partes para produzir as provas.

5.1 Iniciativas influenciadores para a mudança da regra de distribuição do ônus da prova

Como já visto, o Código de Processo Civil de 1973 trazia como regra a distribuição estática do ônus da prova, cabendo ao autor provar quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não havia, portanto, disciplina quanto a distribuição diversa do ônus da prova, somente era possível a convenção das partes para a modificação do ônus. Assim, se não partisse das partes, o ônus era sempre disciplinado pela regra estática.

A regra adota pela legislação naquela época não se importava se o resultado do processo seria justo ou se este se adequaria à realidade dinâmica das relações sociais, desprezando-se a garantia do acesso à justiça e a efetivação da igualdade substancial entre as partes, distanciando de um processo justo inerente de um estado constitucional.

Para Carpes, citado por Pelonha, era sabido que a regra estática não era satisfatória, resultando em solução precária. “A generalidade e abstracionismo característicos da lei reduziram a distribuição dos ônus probatórios a um dos símbolos da *igualdade formal*, ao qual não importava a vida real das pessoas e as eventuais distinções concretas existentes entre elas” (CARPES 2010 *apud* PELONHA, 2017, p. 40)

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve grande desenvolvimento das garantias processuais, como a previsão do acesso à justiça e de direitos fundamentais à tutela jurisdicional adequada, ao contraditório e ampla defesa, os quais possibilitam a adequação da distribuição do ônus probatório, almejando-se um processo justo.

A partir de então, nota-se gradativas mudanças sobre o ônus da prova, no ordenamento jurídico brasileiro e nos pronunciamentos judiciais, visando a adequação das regras à realidade processual.

A primeira aparição da distribuição dinâmica foi com o Código de Defesa do Consumidor, conferindo ao magistrado maior autonomia, possuindo normas abertas visando a adequação constitucional do processo e, conseqüentemente, tutelando de modo efetivo os direitos dos consumidores.

Com a previsão da inversão do ônus da prova, nasce uma possibilidade de flexibilização da repartição, mas diversa daquela prevista no CPC, conforme artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral. (BRASIL, 1990, grifo nosso)

Segundo Carpes (2010, *apud* PELONHA, 2017, p. 41), “a inversão prevista no CDC é o marco da conformação constitucional do processo civil brasileiro em matéria de distribuição do ônus da prova.

Ainda nas iniciativas legislativas, a dinamização passou a compor matéria de projetos de lei principalmente no ano de 2008. Assim, Vitor Rudá apresenta:

Neste cenário, destaca-se o Projeto de Lei 3.015/08 que visava alterar a redação do art. 333 do CPC de 1973, acrescentando ao texto o § 2º que permitiria ao juiz, conforme a complexidade do caso, distribuir o ônus da prova de acordo com o caso concreto. Tratava-se de projeto que visava incorporar ao texto do CPC o fundamento da teoria da distribuição dinâmica, inclusive, dispondo na justificação que a tese já estava sendo aplicada na prática pela jurisprudência. Tal projeto foi arquivado perdeu sua função devido a aprovação do Projeto de Lei 166 que deu origem ao CPC de 2015. (PELONHA, 2017, p. 42)

E ainda, citando Couto:

[...] visando a adequação as peculiaridades de direito material e a preocupação com a justiça do caso, a distribuição dinâmica do ônus da prova também foi prevista no Projeto de Lei 5139/09, que propunha disciplinar uma nova Lei da Ação Civil Pública, e dispunha em seu art. 2028, incisos IV, V, VI e VII a (IV) possibilidade de dinamização do ônus da prova considerando os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos que cada parte detém, ou a maior facilidade em demonstrá-los, (V) a distribuição diversa convencionada previamente pelas partes, (VI) a revisão de critérios de distribuição do ônus até o saneamento do processo, considerando fatos novos ou custeio para a produção da prova, observados o contraditório e a ampla defesa, e vedada a dinamização no momento da sentença, (VII) e, ainda, o dever de esclarecimento a ser feito às partes sobre a distribuição do ônus (COUTO, 2016 *apud* PELONHA, 2017, p. 42)

Na esfera jurisdicional, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi o primeiro a aplicar a dinamização do ônus da prova, conforme Vitor Pelonha apresenta:

[...] o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro na aplicação da dinamização do ônus da prova, em julgamento da Apelação Cível nº 597083534 ocorrido no ano de 1997, pela Primeira Câmara Cível. Tratava-se de caso de erro médico em que o autor buscava responsabilizar o profissional, mas havia a dificuldade de produzir prova da culpa do médico, tornando impossível a produção das provas necessárias para o demandante. Nesse contexto, o tribunal aplicou o fundamento da teoria da distribuição dinâmica para que fosse imputado ao médico o ônus de demonstrar que atuou de forma adequada. (PELONHA, 2017, p. 43)

Após, a teoria foi acolhida pelos tribunais brasileiros, principalmente nos litígios que versem sobre responsabilidade civil de profissionais de medicina, por danos ambientais, bem como contratos bancários.

Com a evolução legislativa e jurisdicional, flexibilizando a regra da repartição do ônus e a devida adequação as garantias constitucionais, é que se levou a maior mudança no Código de Processo Civil de 2015.

5.2 A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC

Em busca de um processo justo e de uma prestação jurisdicional adequada, em conformidade com os preceitos constitucionais, é que a legislação processual civil adotou a regra da *teoria da distribuição dinâmica dos ônus da prova* como complemento da regra estática.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, está prevista no artigo 373, §1º:

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. (BRASIL, 2015)

Portanto, a legislação permite ao juiz - diante das peculiaridades da causa, nos casos previstos em lei, relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade para cumprir o ônus – em decisão fundamentada e com respeito ao contraditório, atribuir o ônus de maneira diversa.

Pelonha, aduz que tal modelo de distribuição cumpre com o imperativo constitucional em busca da defesa das garantias estabelecidas pela carta Magna:

As regras de repartição da incumbência probatória na novel legislação não caberiam estar alheias ao propósito de concretização do imperativo constitucional da prestação jurisdicional adequada, da preocupação com a justiça ao caso concreto, do ideal de cooperação entre as partes e a promoção da igualdade substancial na busca da verdade. (PELONHA, 2017, p. 45)

É possível afirmar que a nova legislação processual trouxe uma grande revolução quanto ao tema “provas”, já que ultrapassou a regra estática, com distribuição prévia e abstrata,

deixando o magistrado de estar vinculado à posição ocupadas pelas partes e podendo atribuir o ônus de modo diverso.

Contudo, como adverte Silveira, aludido por Pelonha:

[...]deve ficar claro que por uma questão de segurança jurídica e para que se evite discricioniedades na repartição dos encargos probatórios, a distribuição do ônus da prova deve ser feita com base em uma regra geral conhecida por todos antes do início do processo (a regra estática), que poderá ser dinamizada quando o encargo probatório impossibilitar ou obstaculizar a concretização das finalidades do processo garantidas constitucionalmente. Saliente-se que a dinamização não é faculdade do juiz e deve seguir os pressupostos positivados e que podem ser alvo de controle (SILVEIRA, 2016 *apud* PELONHA, 2017, p. 46)

A dinamização é um instituto que busca a concretização de diversos princípios constitucionais, dentre os quais notam-se o acesso à justiça, o da isonomia e o da cooperação. O acesso à justiça vem da necessidade de estimular a máquina judiciária que tem como dever tutelar o direito material de determinada pessoa. A isonomia decorre da imposição de tratamento diferenciado quando uma das partes está em situação de desigualdade, restabelecendo a paridade das armas. E por fim, a cooperação, emana da necessidade de colaboração das partes envolvidas, desde de serventuários até os magistrados.

5.3 Requisitos para a aplicação da dinamização

O CPC delimitou o emprego da regra da distribuição dinâmica prevendo requisitos materiais e formais, como meio de evitar a discricioniedade, e prejuízos às partes quanto a redistribuição do ônus probatório.

Para aplicar a regra dinâmica de distribuição, segundo o CPC, é necessário o magistrado observar alguns requisitos. Veja-se o disposto na legislação:

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.
(BRASIL, 2015, grifo nosso)

É possível inferir que são requisitos materiais: impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o ônus, e o fato de que a parte contrária deve ter maior facilidade em produzir a prova do que a parte que requer ou demonstra a necessidade de aplicação da dinamização; vedação da produção da prova diabólica para parte que foi onerada com a distribuição diversa do convencional.

São requisitos formais: a necessidade da fundamentação da decisão que dinamiza o ônus; momento da redistribuição e a observância do contraditório.

5.3.1 Requisitos

Dada a importância de tais requisitos, serão tratados de modo individual.

5.3.1.1 Decisão Motivada

A existência de motivação para a decisão que determinar a redistribuição do ônus da prova, está pautada na previsão imperativa do artigo 93, IX, da Constituição Federal, bem como na legislação processual civil na forma do artigo 489, §1º, II.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (BRASIL, 2015)

Eduardo Cambi (2016) citado por Didier Jr. (2017), ressalta que o juiz ao inverter o ônus, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, devendo evitar a inversão para todos os fatos que beneficiam a parte, pois acabaria colocando sobre o outro sujeito do processo o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, que é imposição diabólica.

Assim, o emprego da dinamização demanda fundamentação que indique os motivos da não incidência da regra estática, e os motivos pelos quais o magistrado reputou que a parte que antes era desonerada, agora detém a vantagem.

A não fundamentação da decisão pode ser alvo do recurso Agravo de Instrumento, artigo 1015, inciso XI, conforme prevê o Código de Processo Civil.

5.3.1.2 Momento da distribuição

O ônus deve ser redistribuído antes do magistrado proferir a sentença, de modo que a parte possa desincumbir do novo ônus o qual foi atribuído. Tal exigência vem expressamente no artigo 373, §1º do CPC, em sua parte final.

Parece ser mais oportuno que a redistribuição seja feita ainda na fase do saneamento do processo, concretizando o contraditório, pois não é possível que a inversão seja feita na sentença, conforme elucida GIDI (1995), citado por Didier:

Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia (GIDI, 1995 *apud* DIDIER JR, 2017, p. 147)

O processo cooperativo almejado pela nova legislação e pela Carta Magna, exige que a modificação do ônus respeite a necessidade de prévia informação às partes de seu novo ônus.

Em contrapartida, exigir que a parte, apenas por vislumbrar uma possível inversão em seu desfavor, faça prova dos fatos, é transformar em regra geral aquilo que é para ser aplicado caso a caso, caso isso aconteça, a decisão será nula, por violar o princípio constitucional do contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça, entende que a regra de inversão do ônus da prova é regra de procedimento, conforme julgado abaixo

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de

entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como **regra de instrução**. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprionexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, **regra de instrução**, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (BRASIL, STJ, Emb. Diver. Resp 422.778. Rel. Min. João Otávio Noronha, 2012, destaque nosso)

É possível também, que a inversão se dê em outro momento, quando o juiz se deparar com situação que vislumbre o direito de uma das partes, devendo observar o contraditório, reabrindo a instrução.

5.3.1.3 Observância do contraditório

Como visto no item anterior, a dinamização da prova deve ocorrer em momento anterior à sentença do magistrado. Conforme artigo 373, do CPC, o momento propício para a dinamização é na fase de saneamento do processo, permitindo a parte uma atuação adequada no processo, evitando-se a ocorrência da decisão surpresa, vedada pelos artigos 9º e 10, *caput* do CPC.

As partes devem saber da nova regra de procedimento derivada da dinamização do ônus da prova, para que possam participar da decisão, produzindo prova e se desincumbindo do ônus.

Justifica-se então a necessidade da dinamização ser anterior a sentença para que não haja a violação do contraditório, visto ser garantia constitucional das partes.

5.3.1.4 Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa

O artigo 373, §2º do CPC, vedada expressamente que a redistribuição do ônus implique prova diabólica, pois muitas das vezes a prova diabólica é fundamento da redistribuição, já tratada em tópico anterior.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul recusou a inversão do ônus sobre o enfoque do CDC em uma de suas causas, que se tratava de indenização por danos morais a uma empresa telefônica, pois a modificação do ônus tornaria impossível a outra parte dele se desincumbisse:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LIGAÇÕES TELEFÔNICAS DE COBRANÇA. INEXISTÊNCIA DE ABALO MORAL. ÔNUS DA PROVA. PROVA NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

DANO MORAL. Ligações telefônicas de cobrança sem prova de repercussão no meio social, não tem o condão de gerar dano moral configurador do dever de indenizar. Cabível, excepcionalmente, quando atinge direito da personalidade.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Não se pode incumbir à parte ré, em tese, a prova de fato negativo, nem mesmo em se tratando de relação de consumo, quando a sua produção é impossível. Diz-se em tese porque, pela teoria da carga dinâmica da prova, é possível que se atribua à parte o ônus de fazer a prova do fato negativo, quando, diante das especificidades da relação e da viabilidade concreta de sua produção, uma das partes detenha condições de produzi-la, o que não é o caso dos autos.

Votos - **Des. Dorval Braulio Marques (RELATOR)**

Regularmente constituído o feito e presentes os pressupostos processuais subjetivos e objetivos, recebo o presente apelo e passo a apreciá-lo.

Com o ajuizamento da ação, pretende o Autor receber indenização por dano moral sofrido ante ameaça, constrangimento e coação provocados pela instituição ré após ter sido deferida liminar em seu favor na Ação Revisional de Contrato 010/1.08.0029987-9 (Comarca de Caxias do Sul), que lhe garantia a manutenção na posse do bem dado em garantia e a vedação de inscrição de seu nome em cadastros de restrição ao crédito.

Sustenta que sofreu ameaça, coação e constrangimento perante seus familiares em sua residência e no seu local de trabalho.

Para tanto, requer a inversão do ônus da prova como regra de julgamento e sustenta a responsabilidade objetiva do fornecedor na reparação do dano moral suportado.

Segundo narra o Autor na inicial, teria sido vítima de ameaças através de ligações telefônicas para a sua residência e para seu local de trabalho, que o colocaram em situação de constrangimento e humilhação perante seus familiares e colegas de trabalho.

A respeito da inversão no ônus da prova, não merece reforma a bem lançada sentença que percebeu que, embora a relação de fundo fosse protegida por normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não é o caso de inversão do ônus da prova, até mesmo porque seria impossível para o Banco fazer prova da ausência de coação ou ameaça ao demandante, nos termos em que foi descrito na petição inicial. [...] (RIO GRANDE DO SUL, TJ, Ap. 70037339751, Rel. Des. Dorval Braulio Marques, 2010, destaque nosso)

Em hipóteses que identifica hipóteses de prova diabólica para ambas as partes, não pode haver dinamização probatória, devendo ser utilizada a regra de inesclarecibilidade, para que se possa analisar qual das partes assumiu o risco da dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida a decisão em seu desfavor.

5.4 Dinamização e Inversão do ônus da prova: distinções necessárias

O Código de Defesa do Consumidor, visando tutelar de forma efetiva e satisfatória o direito do consumidor que se encontra em situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade, prevê em seu texto a distribuição diversa da regra geral do CPC. Tal previsão, tem a finalidade de efetivar a garantia do acesso à justiça da parte que demanda contra o fornecedor, dispondo de mecanismos para que se tenha igualdade de tratamento entre as partes, superando possíveis posições de vantagem, a fim de que se tenha uma prestação jurisdicional adequada.

A legislação consumerista prevê duas hipóteses de inversão: a inversão *ope legis* (legal) e a inversão *ope judicis* (judicial).

A inversão *ope legis* é caracterizada pela determinação legal de distribuição diversa da incumbência probatória em situações específicas. Aqui existe uma prescrição legal que especifica em qual circunstância o ônus poderá ser atribuído, independente de atuação do magistrado.

Como exemplo desta distribuição cita-se o artigo 38, o artigo 12, § 3º e artigo 14, § 3º todos do CDC, que dispõem:

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

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 1990)

Já a inversão *ope judicis* é prevista legalmente, porém, depende de determinação judicial, uma vez que deverá o magistrado identificar no contexto da lide a circunstância que se amolda aos requisitos prescritos no CDC. Esta inversão está mencionada no artigo 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990)

Tanto a inversão quanto a dinamização do ônus da prova visam o ideal de justiça adequando a repartição da incumbência probatória atribuída as partes, equilibrando os ônus, observando possível situação de desequilíbrio existente entre os litigantes, portanto, o fundamento é o mesmo.

Mas algumas distinções são necessárias. Conforme Pelonha (2017):

[...] a inversão judicial transmuta a repartição do *onus probandi* de maneira que aquele que tinha o encargo inicial de provar para garantir sua pretensão, acaba sendo dispensado. O que ocorre é que a regra geral do ônus da prefixado é utilizada como parâmetro para a inversão. Por outro lado, na dinamização o ônus prefixado acaba sendo desconsiderado, pois no momento em que se dinamiza não há determinação prévia sobre qual hipótese fática incidirá o novo encargo, podendo a dinamização versar sobre qualquer fato dentro do *thema probandum*. (PELONHA, 2017, p. 54)

A dinamização não está vinculada a natureza dos fatos ou posição das partes, o juiz distribui o ônus conforme a análise do caso concreto, conforme a maior facilidade ou possibilidade da parte em comprová-la. Já a inversão só pode ocorrer caso esteja presente um ônus estabelecido previamente e de forma abstrata.

Os dois institutos se diferenciam também pelos requisitos necessários para que sejam aplicados. Enquanto na dinamização o juiz precisa identificar a prova diabólica ou a facilidade da contraparte em produzi-la, na inversão basta a constatação da hipossuficiência ou verossimilhança das alegações da parte/consumidor.

Conclui-se que as hipóteses, requisitos e a dinamicidade não são os mesmos, portanto, os institutos não são iguais.

6 CONCLUSÃO

Não sobra dúvidas que o direito processual brasileiro sofreu grandes transformações ao longo dos anos. Modernamente tem-se uma visão do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, sendo entendida como função essencial do Direito. Destaca-se ainda a aproximação do direito processual com o material.

Neste contexto de mudanças é que o Código de Processo Civil de 2015, prima pela valorização dos princípios constitucionais, buscando cada vez mais a efetivação das garantias ali estabelecidas, bem como os princípios.

Assim, com a nova legislação os princípios passaram a ser instrumento de integração do direito e passaram a ser uma espécie de norma. Para tanto, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe-os no seu primeiro capítulo intitulado de “Normas Fundamentais do Processo Civil”, que estruturam todo o processo civil brasileiro.

O presente trabalho analisou os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da cooperação, do acesso à justiça e da verdade real. Os princípios colaboram para a ideia de um processo justo, baseado no direito de defesa, no contraditório, da cooperação, buscando a verdade real.

Neste sentido, acompanhando a evolução do direito processual e da comunidade, surge a teoria da dinamização do ônus da prova, como uma técnica que busca a constitucionalização do processo civil, atribuindo o ônus probatório à parte que estiver em melhores condições de cumpri-lo, buscando a plenitude de aplicação dos princípios acima citados.

A nova legislação não deixou de aplicar a teoria da distribuição estática do ônus da prova, mas trouxe um complemento a ela. Sendo assim, o juiz possui duas opções, valendo-se das duas para a aplicação.

Logo, a lei reconhece nova possibilidade ao julgador, diante de cada caso, afastar a rigidez, adotando um critério mais maleável. A regra dinâmica exige um julgador com a correta distribuição da justiça, pois este é um mecanismo que tem como base a cooperação entre as partes – todas elas – na prestação da tutela jurisdicional.

A inserção da técnica no novo Código de Processo Civil garante maior segurança jurídica aos litigantes, uma vez que passa a ser obrigatória a aplicação da dinamização do ônus da prova quando presentes os requisitos contemplados na norma legal, já que a escolha desse novo instrumento não seria de livre arbítrio do julgador, mas sim aplicada quando ser cabível.

Assim, a fim de obter a produção da prova deverá ser aplicada a técnica de distribuição do ônus da prova, desde que presentes os requisitos, o que revela, mais uma vez, o seu caráter excepcional e seu campo de incidência limitado, o que não lhe retira sua pertinência em um sistema processual moderno, calcado na igualdade, no dever de colaboração e da entrega jurisdicional mais justa e efetiva.

Vale ressaltar que a distribuição do ônus da prova não deverá ser aplicada quando acarretar a produção de prova diabólica, isto é, quando as partes estiverem em situação igualmente dificultosa ou até mesmo impossível para a produção da prova.

Importante, ainda, a menção de que a decisão que distribuir de forma dinâmica o ônus da prova deverá ser motivada pelo juiz da causa, dando a devida oportunidade para que a parte agora onerada se desincumba de seu novo ônus, sob pena de violação a direitos fundamentais como o devido processo legal, o contraditório entre outros.

Se bem aplicada, adequadamente, e de acordo com as finalidades para as quais foi instituída, a técnica de dinamização do ônus da prova é um importantíssimo instrumento de fomentação da atividade probatória, que permite uma aproximação do julgador à realidade do caso concreto (verdade real), suprimindo eventuais desigualdades, de modo a permitir, antes de tudo, o acesso ao Poder Judiciário, muitas vezes inviabilizado pela carga probatória que pesa sobre determinada parte, bem como um julgamento em maior consonância com os efeitos pretendidos pela regra de direito material violada, e portanto, a concessão da tutela jurisdicional de maneira mais justa e segura.

Portanto, não há dúvidas de que o aprimoramento tratado pela mudança do Código de Processo Civil, tem aptidão de gerar repercussões verdadeiramente significativas, garantindo aos juízes e às partes, maior segurança na aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e, com isso, possibilitando que a resposta judicial a se fornecer ao jurisdicionado corresponda aos direitos que efetivamente possui.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16 mai 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 mai 2018.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso: 05 out. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Resp nº 422.778 – SP (2007-0233500-0). Relator: Min. João Otávio de Noronha. **Diário de Justiça Eletrônico**. 21 jun. 2012. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/siteantigo/192.168.1.13/uploads/2NX1unSfeSujl9HiFF9cuQ/FkrOJTdm7dAFVhDmlfwoDw/EREsp__4.22778-_SPAIPA_IN_D_BRAS._BEBIDAS_SP-_INVERSO_NUS_DA_PROVA_-_CDC.pdf>. Acesso em: 05 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 25. Ed. São Paulo: Ed. Atlas S/A. 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015a.v. I.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e tutela antecipada – 10ª ed.** Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015b.v.2. Disponível em: <<https://pt.slideshare.net/GlauberRON/didier-jr-fredie-curso-de-direito-processual-civil-ii2015>>. Acesso em: 15 mar. 2018

DIDIER JR, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, v.11, n. 2, p. 129-155, nov. 2017. Disponível em: <<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/11050/6823>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza). Disponível em: < <http://docs14.minhateca.com.br/1088580911,BR,0,0,Direito-Processual-Civil-esquematizado-8%C2%AAEd---Marcus-Vinicius-2017.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.18.007591-3/001. Relator: Des. Luiz Artur Hilário. Minas Gerais, Belo Horizonte. 12 jul. 2018. Disponível em:<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=14&totalLinhas=505&paginaNumero=14&linhasPorPagina=1&palavras=poder%20instrut%20F3rio%20juiz&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 27 set 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0702.13.003566-1/001. Relator: Des. José Flávio de Almeida. Minas Gerais, Belo Horizonte. 09 ago 2018. Disponível em:<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.13.003566-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 27 set 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento-Cv 1.0073.18.000990-1/001. Relator: Des.(a) Alexandre Santiago. Minas Gerais, Belo Horizonte. 18 set. 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=6CE5E83641105CFEB9F31D5251416E38.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0073.18.000990-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 25 set. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0472.15.003383-6/002. Relator: Des.(a) Cabral da Silva. Minas Gerais, Belo Horizonte. 14 set. 2018. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=A%C7%C3O%20DECLARAT%D3RIA%20INEXIST%CANCIA%20D%C9BITO.%20LITIG%C2NCIA%20M%C1-F%C9.%20CONDENA%C7%C3O.%20MANUTEN%C7%C3O.%20NECESSIDADE.%20VALOR%20FIXADO.%20REDU%C7%C3O.%20NECESSIDADE&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 25 set. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0134.12.003757-4/001. Relator: Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos. Minas Gerais, Belo Horizonte. 14 set. 2018. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=APELA%C7%C3O%20CDVEL%20-%20A%C7%C3O%20CAUTELAR%20SUSTA%C7%C3O%20PROTESTO%20-%20PAGAMENTO%20DUPLICIDADE%20-%20SOLU%C7%C3O%20VIA%20ADMINISTRATIVA%20-%20DESNECESSIDADE.&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20p>>

ara%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 25 set. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0433.14.030862-1/001 . Relator: Des.(a) Maurício Pinto Ferreira. Minas Gerais, Belo Horizonte. 05 out. 2018. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=471&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=Distribui%E7%E3o%20din%E2mica%20F4nus%20prova&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 out. 2018.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0702.028089-8/001. Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira. Minas Gerais, Belo Horizonte. 25 set. 2018. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=9&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=APELA%C7%C3O%20C%20CDVEL%20-%20A%C7%C3O%20DESPEJO%20-%20LOCA%C7%C3O%20COMERCIAL%20-%20PRELIMINAR%20NULIDADE&pesquisaPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 05 set. 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e Legislação Constitucional**. 5. Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm. 2016. Disponível em:< <http://lelivros.love/book/baixar-livro-manual-de-direito-processual-civil-daniel-neves-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 03 abr 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

PELONHA, Vítor Rudá de Oliveira. **A aplicação da dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro**: uma análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça. 2017. 82f. Monografia (Conclusão de Curso) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal, 2017. Disponível em:< https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/5671/1/VitorROP_Monografia.pdf>. Acesso em: 22 mar 2018.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº70037339751. Relator: Des. Dorval Braúlio Marques. **Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. 26 ago. 2010. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26vers>

ao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70037339751%26num_processo%3D70037339751%26codEmenta%3D3738782+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70037339751&comarca=Caxias%20do%20Sul&dtJulg=26/08/2010&relator=Dorval%20Br%C3%A1ulio%20Marques&aba=juris>. Acesso em: 05 out. 2018.

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. v. I.