



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

JOSE FERREIRA DE SOUSA JUNIOR

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015: UMA ANÁLISE
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO**

SOUSA – PB
2016

JOSE FERREIRA DE SOUSA JUNIOR

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015: UMA ANÁLISE
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO**

Trabalho Monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Direito (Ciências Jurídicas e Sociais).

Orientadora: Prof. Georgia Graziela Aragão de Abrantes.

JOSE FERREIRA DE SOUSA JUNIOR

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015: UMA ANÁLISE
À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO**

Trabalho Monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito para obtenção do título de Bacharel em Direito (Ciências Jurídicas e Sociais).

Orientadora: Prof. Georgia Graziela Aragão de Abrantes.

DATA DA APROVAÇÃO: 05 / 10 / 2016

BANCA EXAMINADORA:

Orientador (a): Prof^a. Esp. Georgia Graziela Aragão de Abrantes

Prof^a. Esp. Kaline Lima de Oliveira Moreira

Prof. M.e Admilson Leite de Almeida Junior

*Dedico este trabalho à minha amada esposa
Maria do Desterro Pereira Linhares e minha
preciosa mãe Vana Ceres de Oliveira Ferreira.*

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, Deus, que nos permite vivenciar este momento, e como pilar, me deu força e coragem para vencer todos os obstáculos e dificuldades enfrentados até aqui, que me socorreu espiritualmente, dando-me serenidade e forças para continuar.

A minha mãe Vana, pelo seu exemplo de vida e simplicidade, e que com muito carinho me ensinou o caminho da justiça, sendo uma fonte de inspiração, além de sua existência me motivar a continuar sempre.

A minha esposa Desterro, pelo incentivo em minha carreira estudantil, companheirismo e compreensão.

A minha tia Neusa, que contribuiu desde o início da minha formação escolar, e que até o presente momento me orienta, ensina e ajuda.

A toda a minha família, que acreditaram e ajudaram para a concretização deste momento tão sublime.

Todos os meus colegas de curso que contribuíram para o meu crescimento e aprendizagem, e em especial aos colegas Francimário Furtado e Lindalberto Arruda. Esses têm grande parcela de contribuição na minha graduação e sempre serei muito grato por isso.

À professora Graziela, minha orientadora, pela disponibilidade e sugestões que foram preciosas para a concretização deste trabalho.

Agradeço aos professores e funcionários da Universidade Federal de Campina Grande, pela dedicação e que contribuíram de alguma forma para a minha formação profissional.

Enfim, a todos meu muito obrigado!

“A força do direito deve superar o direito da força.”

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho científico procurou abordar a distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC/2015 ao tempo em que se propõe fazer uma análise à luz dos direitos fundamentais do processo. Dentre os avanços propostos no CPC/2015, observa-se que o legislador normatizou a teoria antes enfatizada pela doutrina, denominada de distribuição dinâmica do ônus da prova, o que para muitos operadores do direito, já era usualmente aplicada. Diante dessa realidade a pesquisa apresenta como problemática a seguinte indagação: existe ou não a possibilidade de haver uma igualdade imediata entre as partes litigantes? Quando da aplicação da teoria estudada há obediência aos direitos fundamentais processuais? Apresenta-se como hipótese a possibilidade de não sofrer efeitos negativos os direitos fundamentais com a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova. O objetivo geral deste trabalho é analisar a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC/2015 em face dos direitos fundamentais do processo, buscando relacioná-los sobre a óptica da efetividade, coerência e a sua justa aplicação. Objetiva-se ainda, compreender os dispositivos processuais cíveis acerca da dinamicidade do ônus das provas trazidos pela legislação processual; identificar as possíveis situações provenientes do CPC/2015 em que o magistrado possa fazer uso da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova; e verificar a compatibilidade da dinamização do ônus da prova face aos direitos fundamentais do processo, tendo o julgador como peça determinante, vinculado a observação dos pressupostos formais da teoria. Para tal, foi adotado o método de abordagem dedutivo e de procedimento o comparativo. A pesquisa será descritiva e a técnica de pesquisa adotada será a bibliográfica, tendo como procedimento técnico a documentação direta e indireta das fontes e a análise de conteúdo. Conclui-se que é possível a utilização e a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova e que não implica em prejuízo aos direitos fundamentais do processo, mas sim, sob a óptica da efetividade, da coerência e a sua justa aplicação pelo magistrado torna-se um instrumento indispensável para obtenção da justiça.

Palavras-chave: Dinamização. Ônus probatório. Princípios. Processo Civil.

ABSTRACT

The present scientific work sought to address the dynamic distribution of the burden of proof in CPC/2015 to the time at which it is proposed to make an analysis in the light of fundamental rights in the process. Among the advances proposed in the CPC/2015, it is observed that the legislator normatize the theory before emphasized by doctrine, called the dynamic distribution of the burden of proof, which for many operators the right, it was usually applied. Faced with this reality the research shows how problematic the following question: is there or not the possibility of an immediate equality between the disputing parties? When the application of the theory studied for obedience to procedural fundamental rights? It is presented as hypothesis the possibility not to suffer negative effects the fundamental rights with the application of the theory of dynamic burden of proof. The overall aim of this study is to analyze the applicability of the theory of dynamic distribution of the burden of proof in CPC/2015 in the face of fundamental rights in the process, seeking to relate them on the optics of the effectiveness, coherence and its correct application. Aim is to yet, understand the civil procedural devices about the dynamics of the burden of proof brought by the procedure legislation; identify possible situations from the CPC/2015 in that the magistrate can make use of the theory of dynamic distribution of the burden of proof; and check the compatibility of the dynamization of the onus of proof in relation to fundamental rights in the process, having the magistrate as a determining part, bound to observe the formal assumptions of the theory. To this end, we adopted the method of deductive approach and procedure the comparative study. The survey will be descriptive and the research technique adopted is the bibliographic, having as technical procedure the documentation direct and indirect of the sources and the analysis of content. It is concluded that it is possible the use and application of the theory dynamic of proof and that does not imply prejudice the fundamental rights of the process, but, from the perspective of effectiveness, coherence and its correct application by the magistrate becomes an indispensable instrument for obtain justice.

Keywords: Dynamization. Burden of proof. Principles. Civil Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	–	Artigo
CD	–	Compact Disc (disco compacto)
CF/88	–	Constituição Federal de 1988
CPC	–	Código de Processo Civil
DVD	–	Digital Versatile Disc (disco digital versátil)
EC	–	Emenda Constitucional
P.	–	Página
V.g.	–	Verbi Gratia (por exemplo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA PROVA.....	15
1.1 Conceito.....	15
1.2 Natureza jurídica.....	16
1.3 Objeto da prova.....	17
1.4 Meios e fontes de prova.....	18
1.5 Finalidade da prova.....	19
1.6 Destinatário da prova.....	21
1.7 Classificação da prova.....	21
1.8 O direito fundamental à prova.....	24
1.9 Espécies de prova.....	25
1.9.1 Ata notarial.....	27
1.9.2 Depoimento pessoal.....	27
1.9.3 Confissão.....	28
1.9.4 Da exibição de documento ou coisa.....	29
1.9.5 Prova documental.....	30
1.9.6 Documentos eletrônicos.....	30
1.9.7 Prova testemunhal.....	31
1.9.8 Prova pericial.....	32
1.9.9 Inspeção judicial.....	33
1.10 Valoração da prova.....	34
1.11 Ônus da prova.....	37
2 TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	42
2.1 Aspectos históricos.....	42
2.1.1 Origem.....	43
2.1.2 Fundamentos.....	45
2.1.3 Características.....	49
2.2 Dinamização dos ônus da prova no processo civil brasileiro.....	50
2.2.1 Elementos conceituais.....	52
2.2.2 Elementos estruturais.....	55
2.2.2.1 Requisitos de aplicabilidade da dinamização do ônus da prova.....	56
2.2.2.2 Dever de informação e aplicação da dinamização.....	62
2.2.2.3 Momento de aplicação da dinamização.....	63

2.2.2.4 Limites na aplicação da dinamização pelo estado-juiz	66
2.2.2.5 Poder-dever	68
2.2.2.6 Consequências da aplicação da dinamização no ordenamento jurídico	68
3 APLICABILIDADE DA DINAMIZAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO	70
3.1 Direitos fundamentais processuais	70
3.2 Princípio do devido processo legal.....	72
3.3 Princípio do contraditório e da ampla defesa	74
3.4 Princípio da publicidade	76
3.5 Princípio da duração razoável do processo	77
3.6 Princípio da igualdade (processual)	79
3.7 Princípio da eficiência (processual).....	81
3.8 Princípio da boa-fé (processual)	82
3.9 Princípio da cooperação	84
3.10 Princípio da adequação	85
3.11 Princípio da motivação das decisões judiciais	86
3.12 Princípio do juiz natural	88
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS.....	94

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil brasileiro passa atualmente, por inúmeras e profundas transformações desde a promulgação e a entrada em vigor do Código de Processo Civil - Lei nº. 13.105/2015, no qual se nota a busca por desenvolver cada vez mais o vigente sistema processual, interagindo com a realidade das demandas que se apresentam no contexto atual.

Saliente-se que, de regra geral, o processo caracteriza-se como dinâmico, pois partindo da iniciativa da parte com a postulação da ação este se desenvolve por impulso oficial (art. 2º, do Código de Processo Civil), revelando assim, que o processo não é estático.

Dentre os avanços propostos no CPC/2015, observa-se que o legislador normatizou a teoria antes enfatizada pela doutrina, denominada de distribuição dinâmica do ônus da prova, o que para muitos operadores do direito, já era usualmente aplicada. Diante dessa realidade a pesquisa apresenta como problemática a seguinte indagação existe ou não a possibilidade de haver uma igualdade imediata entre as partes litigantes? Quando da aplicação da teoria estudada há obediência aos direitos fundamentais processuais?

Desta maneira, no presente trabalho tem por objetivo demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova em face dos direitos fundamentais do processo, buscando relacioná-los sobre a óptica da efetividade, coerência e a sua justa aplicação pelo magistrado quando esta for possível de ser utilizada.

Com isso, busca-se dar maior efetividade para o processo no sentido da construção das provas, em detrimento ao anterior excesso de formalidades processuais que não satisfazia a eficiência e eficácia da prestação jurisdicional, que estavam inseridas na legislação instrumental revogada.

Na construção do referencial teórico abrangir-se-á disposições de diversos autores que se dedicam ao estudo da prova, no âmbito do Direito e, por conseguinte, a dinamização do ônus da prova, dentro do Direito Processual Civil brasileiro. Neste desenvolvimento, serão utilizados diversos dispositivos legislativos, tais como a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Assim, no primeiro capítulo abordar-se-á sobre a teoria geral da prova, abrangendo sobre os elementos de construção e entendimento da prova focando-o no contexto processual civil. Neste, a abordagem inicia-se com a busca pelo conceito de prova, para servir de alicerce dos demais institutos jurídicos que se seguem. Faz-se importante ainda, entender qual a natureza jurídica da prova. Tentar-se-á, devido à necessidade e uma melhor compreensão, da delimitação do objeto da prova no processo civil.

Na construção do conhecimento acerca da prova os elementos, meios e fontes possuem destaque, uma vez que, a prova de determinado fato pode ser obtida por vários meios. Assim como os meios, as fontes de prova também podem surgir de forma variada. Logo, faz-se necessário a distinção destes elementos e a identificação de sua influência no processo civil. Os elementos finalidade e destinatário da prova também serão discutidos no desenvolvimento do trabalho.

Como qualquer instituto do Direito Processo Civil, a prova também possui classificações decorrentes do entendimento doutrinário. Neste contexto, busca-se apontar tais classificações, com o propósito de verificar os entendimentos divergentes, na doutrina, com o fim de apontá-las e correlacioná-las. Ainda necessário faz-se discorrer sobre o direito fundamental à prova em face ao Direito Processual Civil vigente.

No tocante às espécies de prova tratar-se-á daquelas previstas no Código de Processo Civil atual. Necessita-se ainda, delimitar a valoração da prova, assim, por conseguinte tratar-se-á do ônus da prova, que pode ser identificado como o elemento mais importante para a teoria da dinamização.

A teoria da dinamização do ônus da prova além de constituir o tema do segundo capítulo deste trabalho trata-se do enfoque para o entendimento da aplicação da busca por um processo mais justo. Neste, a abordagem inicia-se em face de algumas breves considerações históricas acerca do surgimento com o fim de encontrar a origem da teoria.

Neste contexto, ainda verificar-se-á quais os fundamentos que amparam a teoria da dinamização do ônus da prova, pois tais fundamentos exprimem a eficácia e a validade desta teoria. Juntamente com os fundamentos, examinar-se-ão as suas características, buscando assim a identidade da teoria.

No transcorrer do trabalho abordar-se-á ainda, a dinamização dos ônus da prova no âmbito do Direito Processo Civil brasileiro. Para tanto, faz-se uma

identificação dos elementos conceituais e elementos estruturais. Quanto aos elementos conceituais deve-se ir além, busca-se a relação entre inversão do ônus da prova e a dinamização do ônus da prova.

Dentre os elementos estruturais, ou seja, a composição estrutural da teoria verificar-se-á os requisitos de aplicabilidade da dinamização dentre estes, a excessiva dificuldade ou a impossibilidade na produção de determinada prova da parte e a facilidade e possibilidade na produção da prova pela outra parte. Deve-se ainda realizar uma análise para consideração ou não como requisito a prova complexa, prova diabólica e prova diabólica reversa.

Ainda tratando da estruturação da teoria, necessário se faz uma abordagem do dever de informação à parte onerada, pelo magistrado, como um dos requisitos necessários para a utilização da teoria. Outro assunto imperioso para o desenvolvimento do tema é o momento de aplicação da teoria de dinamização do ônus da prova, uma vez que ainda é discutível pela doutrina, assim uma investigação acerca do momento de aplicação apresenta grande utilidade.

Deve-se ainda, examinar os limites na aplicação da dinamização pelo Estado-juiz e o seu poder-dever, além de verificar as consequências da aplicação da dinamização no ordenamento jurídico interno.

O terceiro capítulo tratará da aplicabilidade da dinamização em face dos direitos fundamentais do processo. Inicialmente faz-se uma distinção entre o que são princípios e o que são regras jurídicas ou normas. Por conseguinte, necessita-se compreender o que são os direitos fundamentais processuais.

Entendido a conceituação inicial, faz-se necessário dispor da relação da aplicabilidade dos direitos fundamentais processuais e da teoria de dinamização do ônus da prova. Tal verificação será realizada de forma individual. Verificar-se-á os seguintes princípios: do devido processo legal; do contraditório e a ampla defesa; da publicidade; da duração razoável do processo; da igualdade (processual); da eficiência (processual); da boa-fé (processual); da cooperação; da adequação; da motivação das decisões judiciais; e do juiz natural.

Os métodos a serem utilizados para a construção da pesquisa são quanto à abordagem do trabalho o dedutivo e quanto ao método de procedimento o comparativo. A pesquisa será descritiva e a técnica de pesquisa adotada será a bibliográfica, tendo como procedimento técnico a documentação direta e indireta das fontes e a análise de conteúdo, a fim de conhecer as transformações sofridas

pelo Direito Processual Civil no instituto da prova, especificamente quanto às mudanças na incumbência probatória no vigente Código de Processo Civil brasileiro.

1 DA PROVA

O capítulo que se segue abordará sobre o tema prova, enfatizando os seus elementos de construção e formação, possibilitando assim, um melhor entendimento do assunto, focando-o no contexto do processo civil.

A prova tem importante destaque, uma vez que esta ligada diretamente com solução do litígio, pois, tal instituto influenciará a decisão do magistrado.

1.1 CONCEITO

Analisando etimologicamente o termo prova verifica-se que o mesmo deriva do latim *probatio*, e que possui vários significados tais como: prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que deriva do verbo – *probare* (*probo, as, are*) – que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar, assim, expõe Neves (2013, p. 410). Logo, observa-se que o termo prova possui diversas acepções.

No mesmo sentido, pode ser observado no âmbito processual, pois o termo também pode ser empregado em diferentes acepções, assim Neves (2013, p. 410) dispõe que:

- (a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz);
- (b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);
- (c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha);
- (d) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”).

Necessita-se destacar o entendimento inicial sobre o tema, na percepção de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 38) que asseveram: “Num sentido comum, diz-se que prova é a demonstração da verdade de uma proposição”. Assim, de maneira geral, entende-se prova como meio de busca para diz-se a quem assiste razão no litígio.

Não se pode ficar apenas com uma simples concepção de conceito, pois o termo prova é mais amplo, neste sentido, acertadamente, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 39 *apud* Cambi, 2001, p. 41), descrevem a seguinte síntese do tema:

juridicamente, o vocábulo 'prova' é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).

Diante do exposto, tem-se que prova pode designar vários sentidos em relação ao procedimento processual. Fundamentalmente faz-se necessário entender a distinção entre o sentido objetivo e o subjetivo do termo prova.

Nesse diapasão, Theodoro Junior (2016, p. 867) ensina que:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: (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.

Desta forma, o sentido objetivo é visto como instrumento ou meio de demonstração de um fato, já o subjetivo está intrinsecamente ligado ao entendimento do juiz ao observar o fato demonstrado, daí tem-se que a prova em sentido subjetivo advém da prova em sentido objetivo.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

O debate em torno da natureza jurídica da prova persiste atualmente, vislumbrando-se diversas teorias em relação ao tema. Nesta linha, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 79) relatam que existem: “das teorias mais correntes (materialistas, processualistas e mistas) àquelas mais isoladas (que incluem a prova na teoria geral do direito ou a tomam como *tertium genus*, por exemplo)”. Percebe-se a diversidade de teorias acerca da natureza da prova.

Em defesa da corrente processualista, tem-se a afirmação de Gonçalves (2016, p. 467) que dispõe:

A disciplina das provas hoje é, acertadamente, feita pelo Código de Processo Civil, que as considera como formas de convencimento do juiz, a respeito de fatos controvertidos. Daí resulta a conclusão de que deva prevalecer o caráter processual das normas jurídicas que tratam das provas.

Nota-se que a teoria processualista defende a natureza da prova derivante do processo civil, pois está disciplinado nesse direito.

Em contraposição, há de evidenciar a visão de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 81), que defendem a corrente materialista, e entendem que:

A prova é tema de Direito material. De um lado, por oferecer informações sobre a base fática que justifica a certeza de um direito que compõe o objeto de decisão; de outro, por ser o próprio direito material que integra o mérito da demanda de antecipação da prova (como um direito autônomo à prova).

Diante do exposto, simplesmente disciplinar a natureza da prova, sobre a concepção de uma teoria apenas, pode-se incorrer em equívoco. Interessante faz-se a distinção da natureza entre as regras do objeto e os meios de prova. Assim, quanto às regras sobre o objeto de prova identifica-se a teoria materialista, já quanto às regras dos meios de prova denota-se a teoria processualista.

1.3 OBJETO DA PROVA

Quanto ao objeto de prova, existe divergência na doutrina. A primeira corrente doutrinária filia-se no entendimento que o objeto de prova é o fato, enquanto que a segunda defende como objeto de prova, as alegações de fato.

Diante desta dicotomia, em defesa da primeira corrente, observa-se o entendimento de Montenegro Filho (2010, pg. 411), que afirma:

O objeto da prova é o fato, não o direito debatido no processo, visto que, neste ultimo particular, adotamos os aforismas *jura novit curia* e da *mihi factum, dabo tibi jus* (dai-me o fato que eu te darei o direito), exigindo a lei que o magistrado conheça do direito vigente na área territorial em que exerce a jurisdição, carreando as partes, apenas, o ônus de se desincumbir da prova da certeza da existência e da veracidade dos fatos que alegam em juízo.

Nota-se que para essa corrente o fato é o objeto da prova, desta maneira verifica-se apenas a questão dos fatos serem verdadeiros ou não.

Neste sentido, Theodoro Junior (2016, p. 871) aduz que: “Contudo, o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos”. Verifica-se que o ponto principal é o fato.

Observa-se nas palavras de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 52), a defesa em relação à segunda corrente doutrinária, ao afirmarem que:

Costuma-se dizer que os fatos da causa compõem o objeto da prova, o *thema probandum*.

A doutrina mais atual, porém, nega essa conclusão. Afirmam que “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas - e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.”

Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a “alegação de fato”.

Logo, conforme está corrente o objeto da prova deve ser a alegação de fato.

Vale salientar, o entendimento de Neves (2013, p. 415), que assim dispõe: “O melhor, portanto, é afirmar que o objeto de prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz”.

Portanto, pode-se afirmar que o objeto da prova são pontos e/ou questões de fato inseridos na ação, seja pelas partes, seja de ofício pelo juiz.

1.4 MEIOS E FONTES DE PROVA

Na abordagem da prova, faz-se necessário o estudo acerca dos elementos meio e fonte. Tais elementos ligam-se diretamente a formação do que é prova.

Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 39): “A prova dos fatos se faz por meios adequados a fixá-los em juízo. Os meios de prova variam conforme a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser provado por vários meios”. Assim, a prova do fato pode ser confirmada por diversos meios, pois tem relação intrínseca com a natureza do ato, e à medida que pode a natureza do ato variar, o meio de prova também se adequará.

No tocante à distinção entre meios e fontes de prova, Gonçalves (2016, p. 483) entende que:

Os meios de prova são os mecanismos que podem ser usados no processo para investigação e demonstração dos fatos. São os tipos genéricos de provas que se admitem no processo. Não se confundem com as fontes de prova que são os elementos específicos, concretos, que servem para a comprovação de um fato em determinado processo.

Assim, meios de prova são mecanismos e fontes são elementos usados no processo.

Ressalta-se, ainda que Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 39) fazem a distinção entre meio de prova e da fonte de prova, conforme os autores distinguem-se:

[...] os meios das fontes de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos. Os meios de prova são “pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz”.

Pode-se entender, portanto, que as fontes de prova são os elementos externos do processo que possuem aptidão para provar, enquanto os meios de prova são os elementos internos processuais que serviram para provar. Desta forma, nem toda fonte de prova converter-se-á em meio de prova a ser empregado na instrução processual.

1.5 FINALIDADE DA PROVA

Quanto à finalidade da prova existem entendimentos divergentes. Faz-se necessário a identificação de tais opiniões para melhor compreensão da utilidade da prova para o direito processual.

Neste sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 49) asseveram que:

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.

Verifica-se que a teoria que tem por finalidade da prova, estabelecer a verdade, e a que não poderá prevalecer, pois, tem-se na verdade uma noção ontológica, objetiva, diferentemente do entendimento doutrinário que a entende ser subjetivo.

Salienta-se a compreensão de Theodoro Junior (2016, p. 877), que mesmo não sendo adepto a esta teoria, destaca que:

Dessa forma, a busca pela verdade foi e continua a ser vista por muitos sob uma perspectiva ainda mais ampla, ou seja, como a função não só da prova, mas também do próprio processo, principalmente quando se trata do processo de conhecimento.

No tocante a teoria que tem por finalidade fixar formalmente os fatos postos no processo, está vincula-se ao sistema do tarifamento legal das provas e tem como objetivo a busca por uma solução formal, admitindo-se que através do legislador e por meio da determinação de critérios, a realidade do processo seja moldada a uma possível realidade dos fatos, conforme ensinam Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 49).

Em contraposição tem-se a teoria na qual se filia à idéia *da finalidade da prova ser para a produção do convencimento do juiz*, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão. Assim, a finalidade da prova é a formação da convicção em torno dos fatos deduzidos pelas partes em juízo, que sejam relevantes para o julgamento da causa.

Em conformidade com tal teoria, está o entendimento de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 51) que ensinam:

Daí se vê que à clássica noção de que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar seu convencimento acerca dos fatos da causa deve-se acrescentar esse outro aspecto: tem ela, além e antes mesmo disso, a finalidade de permitir às próprias partes a formação do seu convencimento acerca dos fatos da causa.

Portanto, sustenta-se a idéia da finalidade ser o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão, mesmo tendo em vista que o juiz deverá sempre empenhar-se na busca da verdade real, permitindo ainda, que às partes construam sua convicção em relação aos fatos da causa.

1.6 DESTINATÁRIO DA PROVA

Entende-se por destinatário aquela pessoa que deverá receber alguma coisa. Assim, o destinatário da prova é aquele que receberá a prova. Desta forma, segundo, Theodoro Junior (2016, p. 870): “O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio”. Desta forma, o destinatário da prova é o juiz.

Num sentido mais amplo, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 51-52) ensinam que:

Por força da compreensão clássica de que a finalidade da prova é propiciar o convencimento do juiz, tem-se dito que ele, juiz, é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir. Sucede que, tal como vimos no item anterior, a prova não tem por finalidade apenas propiciar o convencimento do juiz, senão também convencer as partes, permitindo-lhes decidir acerca das condutas que vão adotar no processo ou mesmo fora dele.

Daí a necessidade de concluir que também elas, partes, são destinatárias da prova - e, tal como o juiz, destinatárias diretas, visto que o resultado da atividade probatória pode determinar, independentemente da atuação judicial, o rumo de um processo já instaurado - pense na hipótese de autocomposição após a realização de perícia em que os fatos que sustentam a demanda ficaram devidamente demonstrados - ou mesmo evitar a judicialização de um conflito.

Portanto, pode-se afirmar que o destinatário prova é o juiz, levando-o a proporcionar a certeza necessária à sua decisão, mas também às próprias partes construir sua convicção em face aos fatos da causa, permitindo que se decidam quanto as suas condutas, nas quais podem ser no próprio processo ou fora dele.

1.7 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Quanto à classificação da prova esta pode apresentar-se de diversas maneiras, dentre elas, têm-se que: quanto ao fato (diretas e indiretas); quanto ao sujeito (pessoais e reais); quanto ao objeto (testemunhais, documentais e materiais); e quanto à preparação (causais ou pré-constituídas).

Classificando a prova quanto ao fato, observa-se a distinção feita por Neves (2013, p. 410), que aduz:

A prova direta é aquela destinada a comprovar justamente a alegação de fato que se procura demonstrar como verdadeira. Já a prova indireta é aquela destinada a demonstrar as alegações de fatos secundários ou circunstanciais, das quais o juiz, por um raciocínio dedutivo, presume como verdadeiro o fato principal. As provas indiretas são conhecidas como indícios.

A classificação apresentada é entendida por outros doutrinadores como sendo quanto ao objeto¹. Tal entendimento reside na compreensão do que é o objeto da prova, porém não influencia, de maneira geral, o que é prova, apenas é a forma que cada doutrinador tem por entender e distinguir os elementos de prova.

A prova quanto ao sujeito, pode ser pessoal ou real, assim no entendimento de Neves (2013, p. 411), diferencia-se de forma que: “A prova pessoal decorre de uma consciente declaração feita por uma pessoa, enquanto a prova real é aquela constituída por meio de objetos e coisas, que representam fatos sem na verdade declararem conscientemente sua veracidade”.

Assim compreende-se que a prova pessoal é prestada por uma pessoa, por compromisso de testemunho probo, a respeito de um fato, enquanto que a prova real advém do exame de determinadas coisas e/ou objetos que correspondem aos fatos. Pode-se entender a classificação quanto ao sujeito equivalente a classificação quanto à forma².

Na classificação quanto ao objeto, Neves (2013, p. 411) assevera que:

A prova testemunhal é toda prova produzida sob a forma oral, devendo ser entendida de forma lato sensu, ou seja, além da prova testemunhal propriamente dita, também incluem-se nesse critério o depoimento pessoal, o interrogatório e o depoimento do perito em audiência de instrução. Prova documental é toda afirmação de um fato escrita ou gravada, como um contrato ou uma fotografia. Prova material é qualquer outra forma material, que, não sendo testemunhal nem documental, comprove um fato, como a perícia e a inspeção judicial.

¹ Vide classificação da prova quanto ao objeto. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória - Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - Volume 2 - 10ª Edição – 2015 – pág. 43; e Direito processual civil esquematizado, coordenador Pedro Lenza - Marcus Vinicius Rios Gonçalves - 6ª edição - 2016 – pág. 467.

² Vide classificação da prova quanto à fonte. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória - Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - Volume 2 - 10ª Edição – 2015 – pág. 43-44.

Tal classificação é entendida por outros doutrinadores como sendo quanto à forma³. Pode-se notar que como relatado anteriormente, dependendo do entendimento do doutrinador, este classifica a prova de diversas maneiras, assim não se deve confundi-las. Ressalta-se ainda, que segundo Gonçalves (2016, p. 467), tal distinção é feita apenas, por prova oral que “é a colhida verbalmente, como os depoimentos das partes e das testemunhas” e por escrita que “é a que vem redigida, como os documentos e perícias”.

Por fim, dentre a classificação apresentada, tem-se quanto à preparação. Nas palavras de Neves (2013, p. 411), pode ser:

Por prova causal entende-se aquela produzida dentro do próprio processo, como ocorre com o depoimento pessoal e a perícia. Já a prova pré-constituída é aquela formada fora do processo, geralmente antes mesmo da instauração da demanda, como ocorre com a prova documental.

Ressalte-se ainda a distinção feita por Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 44) em relação à preparação pré-constituída que pode ser em sentido amplo, “as provas preparadas preventivamente, em vista de possível utilização em futuro processo”, já em sentido estrito, “as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que comente por instrumento se constituem”.

Salienta-se a existência da prova composta, que é a resultante de vários meios de prova, que individualmente são insuficientes para a demonstração do alegado. Assim, conclui-se que a prova composta combina-se entre diferentes meios imperfeitos de prova para formação de um meio que fornece elementos necessários para formação do convencimento do juiz assim, entendem Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 44). Desta maneira, torna-se aceitável a utilização da prova composta no nosso ordenamento jurídico.

³ Vide classificação da prova quanto à forma. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória - Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira - Volume 2 - 10ª Edição – 2015 – pág. 43; e Direito processual civil esquematizado, coordenador Pedro Lenza - Marcus Vinicius Rios Gonçalves - 6ª edição - 2016 – pág. 467.

1.8 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Tratando-se de prova em face ao direito processual civil, faz-se necessário e oportuno discorrer sobre o direito fundamental à prova.

Neste sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 41) comentam que:

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. Esse direito fundamental também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro: (i) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu art. 8.º; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto n.º. 592/92, no seu art. 14.1, alínea "e". Não custa lembrar que, na forma do § 3º do art. 5º da CF/88, após a EC n. 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Portanto, considera-se o direito à prova como uma garantia fundamental, vigorando então o direito fundamental à prova. Destaca-se que o direito à prova está intrinsecamente ligado a essência do princípio do contraditório, presente no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal⁴.

Relacionando-se, ainda o direito à prova com os fundamentos constitucionais, proporcionando o acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, busca-se assegurar o mais adequado acesso ao poder judiciário, e, por conseguinte, deve-se fazer por determinados meios, inclusive, através das provas.

O acesso ao Poder Judiciário deve ser obtido por meio do devido processo legal, ou seja, por um processo justo, de acordo com o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que disciplina: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁴ Art. 5º, CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

Desta forma, na busca por um processo justo, à prova insere-se em uma forma ampla de busca pela verdade, logo, pela justiça. Neste sentido, Theodoro Junior (2016, p. 868) ensina que: “O acesso à justiça, mediante um processo justo, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição”.

Na construção de um processo justo, faz-se necessário um processo que comporte um número amplo de provas, e que estas sejam lícitas ou obtidas de maneira lícita. Portanto, é imperioso o respeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, determinando que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Nesse diapasão, Marinoni, Arenhart, Mitidiero (2015, p. 389), destacam que:

[...] nossa Constituição assevera que, desde que admissíveis, há direito fundamental à prova no processo civil. A admissibilidade da prova prende-se às qualidades da alegação de fato a provar: sendo controversa, pertinente e relevante, há direito à produção da prova, constituindo o seu indeferimento evidente violação desse direito fundamental.

Diante do exposto, verifica-se a complexidade presente no direito fundamental à prova, e que se relaciona em diversas situações jurídicas, como ensinam Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 41) ao tratar sobre o tema, afirmam que:

Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Dentre estas situações jurídicas que compõem o direito fundamental à prova, observa-se a amplitude que tal direito pode proporcionar aos integrantes da lide, desde o direito a produção de prova, seja através ou não da sua participação, ou do direito, de forma oportuna, de requerer provas, ou ainda, o direito de manifestar-se sobre a prova produzida ou o direito ao exame da prova produzida pelo órgão julgador.

1.9 ESPÉCIES DE PROVA

Dentre as espécies de provas admitidas no Código de Processo Civil estão as dispostas a partir do seu artigo 384 ao artigo 484. Salienta-se que tal rol não é

taxativo. Neste sentido, Gonçalves (2016, p. 484), ensina que: “Esse rol não pode ser considerado taxativo, diante do caráter genérico do art. 369. Além dos meios acima elencados, qualquer outro será admitido, desde que não viole a lei ou a moral”. Salienta-se que, conforme entendimento doutrinário a prova emprestada prevista no artigo 372, do Código Processual Civil⁵, é considerada como espécie de prova.

Sobre a prova emprestada, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 131), afirmam que:

A prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma documental. A prova emprestada é instituto que se relaciona ao princípio da eficiência (economia processual), sobretudo porque, pelo aproveitamento de uma prova já produzida, evita-se a sua reprodução, com economia de tempo e dinheiro.

Verifica-se que o rol não é taxativo, e sim exemplificativo.

Neste sentido, complementando ao entendimento de que o rol não é taxativo, Theodoro Junior (2015, p. 917-918), adverte que:

Em outras leis se encontra, também, especificação de meios de prova, como no art. 212 do Código Civil de 2002, que inclui a presunção. Finalmente, entre os meios não previstos no Código, mas “moralmente legítimos”, podem ser arrolados os clássicos indícios e presunções. Diante do exposto, é forçoso concluir que o novo Código, assim como o de 1973, foi bastante liberal em matéria de meios de prova, mostrando-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, nas quais, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastreada na busca da verdade material, na medida do possível.

Portanto, pode-se concluir que o rol disposto no Código de Processo Civil não é taxativo, e sim, exemplificativo. Destarte, necessita-se introduzir conceitos e especificar alguns elementos pertencentes a cada espécie de prova presente no Código Processual Civil.

Cumpra-se estabelecer um ponto de partida sobre as espécies de prova. Assim, obedecer-se-á o disposto no Código, assim, iniciar-se-á pela ata notarial.

⁵ Art. 372, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

1.9.1 Ata notarial

A ata notarial está prevista no art. 384, do CPC, que dispõe: “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”. Possui ainda, um parágrafo único, que disciplina: “Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

Sobre a ata notarial, Gonçalves (2016, p. 494), esclarece que:

A ata notarial é o documento lavrado por tabelião público, que goza de fé pública e que atesta a existência ou o modo de existir de algum fato. Para que o tabelião possa atestá-lo, é necessário que ele tenha conhecimento do fato. Por isso, será necessário que ele o verifique, o acompanhe ou o presencie. Ao fazê-lo, deverá descrever o fato, apresentando as circunstâncias e o modo em que ele ocorreu, com as informações necessárias para que o fato seja esclarecido. A ata notarial não é a atestação de uma declaração de vontade, como são as escrituras públicas, mas de um fato cuja existência ou forma de existir é apreensível pelos sentidos (pela visão, pela audição, pelo tato etc.).

Ela não é produzida em juízo, mas extrajudicialmente, com a atuação de um tabelião. No entanto, como ele goza de fé pública, presume-se a veracidade daquilo que ele, por meio dos sentidos, constatou a respeito da existência e do modo de existir dos fatos.

Assim, esta espécie de prova apresenta como características principais: constitui um documento que para ter validade necessita ser lavrado por tabelião; tal documento comprova a existência ou o modo de existir de algum fato, podendo ser utilizado imagens ou sons gravados em arquivos eletrônicos para integrar o documento; possui fé pública; e nasce extrajudicialmente para a *posteriori* ser levado ao processo.

1.9.2 Depoimento pessoal

O depoimento pessoal está previsto entre o art. 385 ao art. 388, do CPC. Para Neves (2013, p. 436), aduz que:

O depoimento pessoal é espécie de prova oral, sendo conceituado como o testemunho das partes em juízo sempre que requerido expressamente pela parte contrária ou pelo juiz. É importante colocar as partes diretamente diante do juiz, sem o filtro criado pelos advogados quando elaboram suas razões. Muitas vezes, inclusive, o depoimento pessoal pode mostrar que as coisas não se deram exatamente como narrado pelo advogado na petição inicial ou contestação.

Portanto, predomina-se nesta espécie de prova a forma oral, feita pelo testemunho das partes, sendo este realizado em juízo e provocado pela parte adversa ou ainda pelo próprio juiz. Ressalta-se que, no caso da parte não comparecer, ou, mesmo que compareça, e vier a recusar-se a depor, existirá um prejuízo, pois se pode presumir que são verdadeiros os fatos, por tal motivo deve-se alertar à parte.

Pode-se diferenciar o depoimento pessoal da prova testemunhal, na medida em que, a testemunha não deve emitir juízo de valor, porém, deve-se limitar o relato dos fatos que sabe.

1.9.3 Confissão

A confissão está prevista entre o art. 389 ao art. 395, do CPC. Conceitua Gonçalves (2016, p. 512) a confissão como “a declaração da parte que reconhece como verdadeiros fatos que são contrários ao seu próprio interesse e favoráveis aos do adversário”. No mesmo sentido o art. 389, dispõe que: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”.

Diante do exposto, faz-se necessário apresentar o entendimento de Neves (2013, p. 442-443) no qual, sobre o tema orienta que:

[...] Como se nota do conceito legal, a confissão envolve três elementos:

- (a) reconhecimento de um fato alegado pela parte contrária;
- (b) voluntariedade da parte que reconhece o fato;
- (c) prejuízo ao confitente decorrente de seu ato.

Apesar de o Novo Código de Processo Civil prever que a confissão é um meio de prova, em opção adotada por parcela da doutrina, entendo mais adequado o entendimento de que a confissão é na realidade o resultado de outros meios de prova, tais como o depoimento pessoal e a prova documental. Dessa forma, não se constituindo em técnica para extrair de fontes de prova a veracidade das alegações de fato, a confissão, como declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis, é quando muito objeto de um meio de prova, mas nunca meio de prova em si.

Aponta-se como requisito para a confissão a capacidade do confitente, pois, entende-se que a confissão só pode versar a respeito de fatos referentes a direitos disponíveis, assim, não se admite a confissão do incapaz.

Denota-se ainda do art. 389 que a confissão pode ser judicial ou extrajudicial.

Neste sentido, Gonçalves (2016, p. 512-513), diferencia que:

[...] A judicial é a confissão feita, por qualquer meio, no curso do processo. Pode ser escrita ou oral, durante o depoimento pessoal. A escrita pode ser feita em qualquer manifestação no curso do processo, como a contestação, réplica ou petição juntada aos autos.

A judicial pode ser, por sua vez, de duas espécies:

Esponânea: apresentada pela parte fora do depoimento pessoal, em manifestação por ela apresentada no processo.

Provocada: que se faz em depoimento pessoal, quando a parte responde às perguntas formuladas.

A extrajudicial é feita fora do processo, e precisará ser comprovada, seja por documentos, seja por testemunhas. Pode ser feita por escrito ou verbalmente, caso em que só terá eficácia quando a lei não exija prova literal.

Como características inerentes à confissão pode-se destacar a indivisibilidade, a irretroatividade, a revogabilidade, a confissão pode ser real ou ficta, além de apresentar limitação, já que em determinadas situações a confissão é rejeitada.

1.9.4 Da exibição de documento ou coisa

Seguindo a análise das espécies de prova, tem-se da exibição de documento ou coisa, prevista entre o art. 396 ao art. 404, do CPC. Nesse seguimento, Neves (2013, p. 447) entende que a exibição de documento ou coisa:

Trata-se de meio de prova utilizado para a parte provar alegação de fato por meio de coisa ou documento que não esteja em seu poder. O conceito de parte é amplo - partes no processo, conforme analisado no Capítulo 3, item 3.3.2 -, abrangendo autor(es), réu(s), terceiros intervenientes, inclusive o assistente, e o Ministério Público quando atua como fiscal da lei. Exibir significa colocar a coisa ou documento em contato visual com o juiz, que, uma vez ciente do teor da coisa ou do documento, determinará a sua devolução à parte possuidora. Sempre que a parte alega um fato que só pode ser demonstrado por documento ou coisa que não esteja em seu poder, será possível o conhecimento de seu teor pelo juiz de duas formas: a requisição e a exibição de coisa ou documento.

A exibição de documento ou coisa é uma exceção à regra de que a prova deve ser produzida por quem a alega, assim nesta espécie de prova, verifica-se que pode ser produzido pela parte contrária a quem alega, ou por terceiros, ou ainda por iniciativa do juiz, desde que, seja de ofício. Vale destacar que a exibição dos documentos poderá ser realizada por via eletrônica.

1.9.5 Prova documental

A prova documental tem previsão legal entre o art. 405 ao art. 438, do CPC. Sobre prova documental, Neves (2013, p. 453) informa que:

O conceito amplo de documento o define como qualquer coisa capaz de representar um fato, não havendo nenhuma necessidade de a coisa ser materializada em papel e/ou conter informações escritas. Algum escrito em outra superfície que não seja papel, tal como o plástico, metal, madeira etc., desde que represente um fato, é considerado um documento dentro desse conceito amplo. Da mesma forma, uma fotografia, uma tabela, um gráfico, gravação sonora ou filme cinematográfico também será considerado um documento. Num conceito mais restrito, documento é o papel escrito. Apesar de o conceito restrito representar a ampla maioria das espécies de documentos na praxe forense, o direito brasileiro adotou o conceito amplo, sendo significativa a quantidade de diferentes espécies de coisas que são consideradas como documentos para fins probatórios no processo judicial. Até mesmo as representações obtidas por meio eletrônico são considerados documentos, tais como os dados inseridos na memória do computador ou transmitidos por via eletrônica.

Quanto à prova documental pode-se afirmar que ela não se dá apenas pela palavra escrita, verifica-se também por meio de uma fotografia, um mapa, um CD/DVD/Blu-Ray. Logo, quando for possível extrair caracteres suficientes para atestar que algum fato ocorreu, enquadrar-se-á como prova documental. Também é conhecida como prova real, por ser constituída por uma coisa.

1.9.6 Documentos eletrônicos

O documento eletrônico está previsto entre o art. 439 ao art. 441, do CPC. Conforme, Theodoro Junior (2015, p. 988-989) entende que:

O documento eletrônico é aquele que resulta do armazenamento de dados em arquivo digital. Consiste, portanto, numa “sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativo de um fato”. Ou, mais exemplificativamente, “o documento eletrônico pode ser entendido como a representação de um fato concretizado por meio de um computador e armazenado em formato específico (organização singular de bits e bytes) capaz de ser traduzido ou apreendido pelos sentidos mediante o emprego de programa (software) apropriado”.

A utilização do documento eletrônico é viável, porém verifica-se a necessidade da conversão à forma impressa e senão, mais importante, que seja verificada a autenticidade do documento. Assim, é o disposto no art. 439, do Código de Processo Civil, que disciplina: “A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei”.

Neste sentido, faz-se referência à problematização inerente ao documento eletrônico e sua solução, informa Theodoro Junior (2016, p. 989) que:

O problema do uso do documento eletrônico como prova no processo judicial liga-se à sua autenticidade e integridade, uma vez que ele não é assinado por seu autor, na forma gráfica tradicional, e, além disso, é suscetível de sofrer alterações depois de sua composição originária. Problemática se mostra, ainda, a determinação precisa da data de sua criação.

O direito positivo resolve a questão da autenticidade, integridade e tempestividade, por meio de tecnologia concebida para apuração de tais dados. Mediante o sistema da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, baseado no mecanismo da criptografia assimétrica, é possível obter-se o certificado digital, como garantia de autenticidade, integridade e tempestividade.

[...]

O documento eletrônico acompanhado do certificado digital, emitido de acordo com o ICPBrasil, presume-se verdadeiro em relação ao seu signatário (Medida Provisória 2.200-2/2001, art. 10, § 1º).

Para a legislação especial, do processo eletrônico, a regra é a mesma: “os documentos produzidos eletronicamente e juntados com garantia de origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais” (Lei 11.419/2006, art. 11).

Desta forma, entende-se válida a utilização dos documentos eletrônicos, desde que estes se apresentem em conformidade com a legislação pertinente.

1.9.7 Prova testemunhal

A prova testemunhal tem previsão legal entre o art. 442 ao art. 463, do CPC. Conforme, ensina Gonçalves (2016, p. 501), tal espécie de prova: “Consiste na inquirição, em audiência, de pessoas estranhas ao processo, a respeito dos fatos relevantes para o julgamento”.

Assim, entende-se que a prova testemunhal, é produzida mediante questionamento a terceiro estranho ao processo, feito em juízo, ou seja, durante audiência e deve-se indagar sobre fatos que sejam pertinentes para a formação do convencimento do magistrado.

Neste sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 239) asseveram que:

O testemunho contém o relato daquilo que foi percebido pela testemunha por meio de qualquer um dos seus sentidos: visão, olfato, paladar, tato e audição. Não cabe à testemunha fazer juízos de valor sobre os fatos, muito menos enquadrá-los juridicamente - isso é função do órgão jurisdicional -, embora não se possa ignorar que todo depoimento traz consigo, inevitavelmente, as impressões pessoais do depoente.

Inegavelmente existe preocupação em face da veracidade que a prova testemunhal possui, desde que esta depende do relato da testemunha. Uma parte da doutrina crítica duramente a aceitação da prova testemunhal, porém nossa legislação processual civil não faz oposição. Assim é o disposto no art. 442, que informa: “A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso”. Portanto, não há que se discutir em relação a validade da prova testemunhal, o magistrado que deverá analisar os testemunhas e verificá-los para formação do sua convicção.

Como requisito tem-se que a testemunha deve ser pessoa capaz, não podendo ser suspeita nem impedida. Ressalta-se ainda que, a capacidade para ser testemunha é diferente da capacidade civil, pois não se confundem. A legislação determina quem são incapazes, suspeitos e impedidos de prestar testemunho.

A acareação ocorre quando existir alguma divergência entre os depoimentos prestados por duas ou mais testemunhas, ou ainda, entre testemunhas e a parte. Deste modo, o juiz ao observar que houve divergência sobre algum ponto relevante, capaz de influir na decisão do litígio, poderá determinar, de ofício ou a requerimento, a acareação. Observa-se que não se permite a acareação entre as partes.

1.9.8 Prova pericial

A prova pericial está prevista no ordenamento jurídico brasileiro entre o art. 464 ao art. 480, do CPC. Na concepção de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 257) entendem que se pode conceituar essa espécie de prova, assim:

A prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial – que poderá ser objeto de discussão pelas partes e por seus assistentes técnicos.

Logo, a prova pericial é realizada por um perito, nomeado pelo juiz, que é considerado um auxiliar eventual da justiça, tendo por formação algum campo do saber.

Neste sentido, Gonçalves (2016, p. 494) ensina que:

Prova pericial é o meio adequado para a comprovação de fatos cuja apuração depende de conhecimentos técnicos, que exigem o auxílio de profissionais especializados.

No curso do processo, podem surgir fatos controvertidos, cujo esclarecimento exija conhecimentos especializados. Por exemplo, de medicina, de engenharia, de contabilidade, entre outros.

Quando isso ocorrer, tornar-se-á necessária a nomeação do perito, profissional que detém o conhecimento técnico necessário. O juiz, ainda que o detenha, não pode utilizá-lo para apuração dos fatos. Afinal, é necessário que as partes tenham oportunidade de participar da produção da prova, formulando ao perito suas questões e as dúvidas pertinentes ao caso.

Agrega-se ao exposto o dispositivo previsto no art. 464, do Código Processo Civil, que aduz: “A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação”. Portanto, o perito produzirá o laudo pericial que neste constará sua opinião técnica e científica. Sendo que este poderá exprimir um exame (considera-se, como a pericia propriamente dita, consiste em inspecionar coisas móveis e pessoas), uma vistoria, (consiste na verificação ou análise de bens imóveis) ou ainda, a sua avaliação (consiste na atribuição de valores para bens jurídicos, móveis ou imóveis) sobre questões e dúvidas pertinentes ao caso formuladas pelo magistrado.

Quanto ao cabimento do pedido para utilização da prova pericial, esta deve ser útil, ou seja, usa-se para esclarecer dúvida e quando puder influenciar na decisão. Deve ainda ser necessária, pois esta pode ser dispensada quando o fato puder ser esclarecido por algum outro meio, e deve ser praticável, uma vez que não se defere prova pericial quando o exame de seu objeto não for mais permitido.

1.9.9 Inspeção judicial

A inspeção judicial tem previsão legal entre o art. 481 ao art. 484, do CPC. Referindo-se a esta espécie de prova, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 297) ensinam que:

A inspeção judicial, também conhecida como inspeção ocular, exame judicial ou reconhecimento judicial, é meio de prova que se concretiza com

o ato de percepção pessoal do juiz, comum ou alguns dos seus sentidos, das propriedades e circunstâncias relativas a pessoa ou coisa (móveis, imóveis e semoventes).

A conceituação ampara-se no texto processual civil, em seu art. 481, que dispõe: “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”.

Neste sentido, Gonçalves (2016, p. 500-501), trata da objetividade da inspeção judicial, logo assevera que:

[...] Consiste no exame feito direta e pessoalmente pelo juiz, em pessoas ou coisas, com a finalidade de aclarar fatos que interessam à causa. Difere de outros tipos de prova, porque o juiz não obtém a informação desejada de forma indireta, por meio de outras pessoas ou de um perito dotado de conhecimentos técnicos, mas diretamente, pelo exame imediato da coisa, sem intermediários.

Portanto, entende-se como espécie de prova na qual o juiz, a qualquer momento da ação, através de ofício ou por requerimento das partes, far-se-á o exame de pessoas ou de coisas, com objetivo de se convencer para tomada de decisão sobre a lide. Assim, quando os demais meios de prova forem insuficientes para seu convencimento, utilizar-se-á da inspeção judicial.

Pode-se considerá-lo como um meio de prova subsidiário, uma vez que serve para o juiz obter esclarecimento, reconstituição do fato, ou ainda quando existe inviabilidade de transporte da coisa, pois não serve para que ele tenha conhecimento do fato.

1.10 VALORAÇÃO DA PROVA

No transcorrer do processo, após a produção das provas pelas partes, o juiz incumbe-se de efetuar a valoração das provas produzidas, revelando então, a influência na formação do seu convencimento.

Neste sentido, dispõe Theodoro Junior (2016, p. 877), ao afirmar que:

A prova se destina a produzir a certeza ou convicção do julgador a respeito dos fatos litigiosos. Porém, ao manipular os meios de prova para formar seu convencimento, o juiz não pode agir arbitrariamente; deve, ao contrário, observar um método ou sistema.

Observa-se que o juiz ao analisar as provas para formação do seu convencimento, utiliza-se de métodos ou sistemas para a apreciação ou valoração das provas.

Quanto aos sistemas, Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 381) dispõem que:

Já vimos que são basicamente três os sistemas de apreciação da prova que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: a) o da prova legal, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada persuasão racional, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados.

No sistema da prova legal o magistrado era impedido de efetuar a valoração da prova, pode-se considerar como sendo um matemático, uma vez que o valor da prova estava pré-fixado pelo ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, Theodoro Junior (2016, p. 877) ensina que:

O critério legal está totalmente superado. Nele, o juiz é quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente. Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça. Era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as ordálias ou juízos de Deus, os juramentos. Da rigorosa hierarquia legal do valor das diversas provas, o processo produzia simplesmente uma verdade formal, que, na maioria dos casos, nenhum vínculo tinha com a realidade.

Portanto, observa-se que no sistema da prova legal, existe uma hierarquia no valor da prova, e o juiz não poderia, de forma subjetiva, auferir o valor a prova, mas sim, apenas de forma objetiva, uma vez que tal valor estava presente na hierarquia legal.

Em total contraposição ao sistema da prova legal, verifica-se a valoração *secundum conscientiam* ou sistema da livre convicção. Diferentemente do sistema anterior, ao juiz é dado à absoluta liberdade de avaliação, podendo auferir subjetivamente o valor a prova, sem estar condicionado a regras de valoração pré-fixadas pelo ordenamento jurídico.

Theodoro Junior (2016, p. 877-878) ao tratar sobre o assunto assevera que:

O sistema da livre convicção é o oposto do critério da prova legal. O que deve prevalecer é a íntima convicção do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa, tanto quanto aos meios de prova como ao método de avaliação. Vai ao extremo de permitir o convencimento extra-autos e contrário à prova das partes. Peca o sistema, que encontrou defensores entre os povos germânicos, portanto, por excessos, que chegam mesmo a conflitar com o princípio básico do contraditório, que nenhum direito processual moderno pode desprezar.

Portanto, no sistema da livre convicção, fundamenta-se no convencimento íntimo do magistrado acerca das provas tendo, assim, um posicionamento racional, logo, o julgamento baseia-se em provas constantes nos autos e também no conhecimento do julgador.

O sistema da *persuasão* racional é o atualmente adotado pelo direito processual civil, conforme o disposto no art. 371, do Código de Processo Civil, que disciplina: “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”.

Nesse sistema, permeia ao órgão julgador a valoração das provas produzidas, em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, ou seja, o magistrado pode formar livremente a sua convicção sobre as provas, sendo necessário que as análises sejam feitas dentro de critérios que devem ser observados.

Assim, em consonância com o apresentado, Theodoro Junior (2016, p. 878) descreve sobre o tema, e informa que: “o sistema de persuasão racional é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional. Mereceu consagração nos Códigos napoleônicos e prevalece entre nós, como orientação doutrinária e legislativa”. Destaca-se que, nesse entendimento, o sistema permanece operando no nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 102), asseveram que:

Mas o convencimento do juiz tem de ser motivado - o convencimento não é livre, nem pode ser íntimo, como acontece no Tribunal do Júri. O órgão julgador deve apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova merece o valor que lhe foi atribuído. Por isso, dá-se a esse sistema o nome de "convencimento motivado" ou "persuasão racional".

Assim, no sistema da *persuasão racional* não é admitida a hierarquia absoluta de provas, o julgador pode-se valer de qualquer uma presente no processo, cabe a

ela a valoração da prova, porém o seu convencimento deve ser motivado e apresentado os motivos na sua decisão.

Destaca-se a distinção apresentada por Theodoro Junior (2016, p. 878), sobre o sistema da livre convicção e o sistema da persuasão racional, entendendo que:

Enquanto no livre convencimento o juiz pode julgar sem se atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Portanto, verifica-se que o sistema da persuasão racional, adotado pela legislação brasileira, possui caráter mais imparcial e pertinente, pois em conformidade com tal sistema o magistrado baseando-se na valorização das provas presentes no processo pode fundamentar de forma mais justa e adequada prolatar sua sentença ou decisão.

1.11 ÔNUS DA PROVA

Visto a importância da prova para o direito processual, cabe compreender a partir de agora o que é ônus da prova.

De acordo com Theodoro Junior (2016, p. 893), faz-se necessário entender no que consiste o ônus da prova, por isso, informa que:

[...] Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Ônus, no direito processual, vem a ser “uma conveniência de o sujeito agir de determinada maneira no intuito de não se expor às consequências desfavoráveis que poderiam surgir com sua omissão”. Ou seja, esse conceito indica que o ônus não é uma obrigação, mas “uma atitude positiva de um sujeito, a fim de evitar que sobre esse possa recair qualquer prejuízo de ordem processual”.

Entende-se que o ônus não é uma obrigação, mesmo pertencendo à categoria gramatical análoga, com sentido parecido. O ônus da prova pois, relaciona-se com a conduta processual da parte, tendo por finalidade que nenhum prejuízo de ordem processual recaia sobre si próprio, assim, isto posto, afirma-se que consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito.

Nessa acepção, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 107), entendem que: “Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes”. Assim entende-se que ônus da prova é um encargo para aquele que busca que o judiciário lhe assista razão em um litígio.

Nesse seguimento, Theodoro Junior (2016, p. 893) ensina que:

O ônus da prova refere-se à atividade processual de pesquisa da verdade acerca dos fatos que servirão de base ao julgamento da causa. Aquele a quem a lei atribui o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe foi atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser acolhida na decisão judicial.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar por meio da tutela jurisdicional. Isso porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Portanto, pode-se afirmar que o ônus de provar que está intrinsecamente ligada a atividade processual e no caso de haver a inobservância do ônus, poderá fazer com que o onerado, no caso, possivelmente perca a oportunidade de que juiz lhe assista razão no litígio.

Em conformidade com o apresentado, ressalta-se que a legislação processual civil determina que seja tarefa das partes apresentarem as provas para demonstração da veracidade dos fatos que alegam em seu favor. Nessa perspectiva, o art. 369, do Código de Processo Civil, traz em seu bojo que:

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

Pode-se destacar que só terá validade às provas que estão fundadas em meios legais e moralmente legítimas, assim, o juiz deverá formar sua convicção sobre o que lhe é apresentado, para que desta forma, construa meios para fundamentar sua decisão.

Em face da natureza do ônus da prova, Theodoro Junior (2016, p. 895), assevera que:

A conclusão acerca do tema do ônus da prova, embora cogitado no direito processual de forma expressa e direta, é que suas regras não são exclusivas nem do direito material nem do direito processual. Trata-se de normas de natureza mista, uma vez que, embora sua aplicação ocorra no processo, têm vínculo indissociável com o direito substancial. Afinal, a prova reclamada pelo processo refere-se a fatos jurídicos, cuja regulação pertence ao direito material.

No mesmo sentido, quanto à natureza da prova, evidencia-se que não é diferente o entendimento doutrinário diverso sobre a natureza do ônus da prova. Logo, entende-se que a natureza do ônus da prova tem acepção mista.

Em decorrência ao apresentado, verificam-se dois aspectos em relação às regras do ônus da prova, sendo um objetivo e outro subjetivo. Porém não é unívoca a aceitação doutrinária dos dois aspectos.

Neste sentido, Theodoro Junior (2016, p. 895) esclarece que:

Embora prevaleça hoje, em doutrina, a tese de que o ônus da prova funciona objetivamente como mecanismo ou técnica de julgamento, não se pode deixar de enfocá-lo, também, como norma de procedimento, que, de certa forma, exerce pressão sobre a atividade das partes na fase de instrução do processo. Nesse aspecto de influência subjetiva, a norma informa à parte qual é a sua tarefa a cumprir com relação aos fatos dependentes de apuração em juízo, para atingir a solução do mérito da causa. “Importante assegurar que tais regras [as definidoras do *onus probandi*] também são direcionadas às partes, como verdadeiras normas de procedimento, de modo a orientá-las na produção probatória e qualificar o contraditório, pois estimula tais sujeitos a participarem mais ativamente do processo, corroborando com o alcance de uma decisão mais justa”.

Assim, pode-se afirmar que prevalece a existência dos dois aspectos face às regras do ônus da prova. Tais aspectos estão diretamente relacionados, fazendo-se necessário sua distinção.

Nesse diapasão, Neves (2013, p. 420) argumenta que:

[...] No tocante ao ônus subjetivo da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova (“quem deve provar o que”), enquanto no ônus objetivo da prova, o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. 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, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.

Portanto, afirma-se que, quanto ao aspecto subjetivo, verifica-se que é dirigida às partes a responsabilidade da apresentação das provas. Enquanto que, o entende-se por aspecto objetivo como regras de julgamento, que se dirigem ao magistrado que atua na causa, e estas têm por função orientá-lo no momento de proferir a sentença, na hipótese de os fatos não terem ficado suficientemente esclarecidos, assim, ensina Gonçalves (2016, p. 471).

Nessa percepção, deve-se analisar a incumbência do ônus da prova, previsto no art. 373, do Código de Processo Civil, que assim dispõe:

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.

Diante do dispositivo legal, atribui-se o ônus da prova a cada parte, sendo ao autor, imposto quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, posto quanto a encontrar no direito do autor algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo, na medida dos preceitos fáticos do direito nos quais pretenda que sejam aplicados pelo magistrado para resolução do processo.

Justamente no artigo supratranscrito, reside à novidade trazida pelo Código de Processo Civil, em contraponto a velha concepção de distribuição estática do ônus da prova, que era previsto no Código de Processo Civil anterior. Sendo acrescentada no novel dispositivo legal processual a teoria de distribuição dinâmica

do ônus da prova, com a inserção dos parágrafos 1º ao 4º, na qual passa-se a tratar.

2 TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Com a promulgação e a entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº. 13.105/2015) observam-se as diversas mudanças no âmbito do Direito Processual Civil, ensejando uma melhor compreensão de algumas de suas peculiaridades atuais. Assim, nesse contexto, faz-se de inteira importância o estudo mais aprofundado sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A teoria em análise traz consigo inovação quanto à incumbência do ônus da prova, podendo esta ser alterada pelo julgador, quando a lei assim determinar em face às peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo.

Ressalte-se ainda que, preenchendo alguns pressupostos formais e desde que o julgador o faça por decisão motivada, é possível facultar-se à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, não podendo gerar situação em que tal circunstância torne-se impossível ou excessivamente difícil.

Portanto, a teoria da dinamização do ônus da prova traz em seu bojo um viés de busca por um procedimento processual que se fundamenta no valor da justiça em face do ônus da prova. Fazendo-se imprescindível a pesquisa pormenorizada da teoria.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Dando continuidade acerca da teoria dinâmica do ônus da prova, passa-se a tratar por meio dos aspectos históricos, acerca da origem, tendo a *teoria de las cargas probatorias dinámicas* sua base necessária para formação e desenvolvimento.

Faz-se necessário uma abordagem em relação aos seus fundamentos, haja vista, ser imprescindível para a construção do conhecimento em relação à teoria.

Verificar-se-á, ainda as características apontadas pela doutrina para obtenção de um entendimento amplo sobre a mesma.

2.1.1 Origem

Controverso é o entendimento dos doutrinadores quando se trata da origem da teoria dinâmica do ônus da prova. Tal enunciado ampara-se na afirmativa de Couto (2014, p. 95) que aduz: “Esta teoria foi difundida inicialmente com a denominação de *teoria de las cargas probatorias dinámicas* e, quanto aos fatores tempo e espaço, tem sua origem controvertida”. Logo, percebe-se a não determinação da origem da teoria.

Neste sentido, Macêdo e Peixoto (2016, p. 136) relatam que:

A teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, com origem incerta – já figura na doutrina inglesa do século XIX, na obra de Jeremy Bentham, e há muito na doutrina alemã, visto que amplamente criticada por Leo Rosenberg –, teve na argentina seu desenvolvimento e enriquecimento, com a obra de Jorge W. Peyrano.

Observa-se que diante do apresentado não há possibilidade de determinar o ponto exato em que se iniciou a teoria em evidência, tampouco, sua procedência, ou mesmo sua nacionalidade.

Como se pode constatar, considera-se que a teoria dinâmica do ônus da prova já figurava previamente, em duas doutrinas, quais sejam, a inglesa e a alemã.

Advindo dessa dicotomia, há aqueles que defendem a origem inglesa, neste sentido, Couto (2014, p. 96) compreende que:

Há quem diga que sua gênese advém do século XIX. Quem assim defende, baseia-se em dois argumentos. Alicerça-se, essencialmente, nos escritos do filósofo e jurista inglês Jeremias Bentham sobre o tema da distribuição do ônus da prova, em sua obra “Tratado de las Pruebas Judiciales”. Segundo Bentham, em um sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo. Para o referido autor o princípio segundo o qual quem propõe a demanda deve provar a verdade é um princípio tão falso quanto absoluto. Na essência, ao tentar estabelecer um critério para a distribuição do ônus da prova, Bentham trouxe para o direito sua filosofia utilitarista. O segundo argumento, que reforça o primeiro, no sentido de ter sido Bentham seu precursor, consiste na afirmação de que essa teoria, além de já ser conhecida na Alemanha, teria sido objeto de críticas por Leo Rosenberg em sua obra “*La Carga de la Prueba*”.

Desta maneira, para o inglês Bentham, o ônus probatório seria devido à parte que a pudesse atender, na medida em que se causassem menos adversidades para produção de prova, e está deveria ser realizada em cada caso concreto. Baseando-

se no exposto e que tal teoria seria objeto de críticas de Leo Rosenberg, alguns doutrinadores afirmam que a origem da teoria dinâmica do ônus da prova deu-se no direito inglês.

Nesse diapasão, Macêdo e Peixoto (2016, p. 136) esclarecem, sobre a doutrina inglesa, que:

A sua adoção de forma mais corriqueira, com a utilização na prática processual é recente, entretanto o próprio Jeremy Bentham já adotava entendimento semelhante em obra publicada originalmente em 1823, muito antes das recentes discussões. Muito embora o autor não tenha realizado grandes desenvolvimentos sobre o tema, já defendia que a carga probatória deveria ser imposta, em cada caso concreto, à parte que detenha melhores condições de provar, com base na situação, em que uma delas tenha *“menos inconvenientes, es decir, com menos dilaciones, vejámenes y gastos”*.

Percebe-se que a atribuição da origem da teoria dá-se ao inglês Bentham.

Contrapondo-se em face da origem ser disposta a dicotomia existente, Couto (2014, p. 96) assevera que:

Entretanto, ao cotejar os textos citados acima, de Bentham e Rosenberg, com a teoria supra mencionada apresentada inicialmente por Peyrano, vislumbra-se não ser possível imputar à primeira obra sua gênese. Pode-se admitir que Bentham tenha apresentado uma de suas idéias centrais, contudo em outro contexto histórico, social e, principalmente jurídico, o do direito anglo-saxão. Quanto à Rosenberg, ao criar sua teoria sobre o ônus da prova, na metade do século XX, não se pode afirmar com precisão que tratou do assunto sob enfoque, valendo ressaltar que não há qualquer citação de Bentham em toda sua obra.

Portanto prevalece o entendimento, mesmo com tudo o que foi enunciado, que não se pode imputar tal origem há uma das duas doutrinas.

Alguns ainda afirmam que a origem da teoria dinâmica do ônus da prova é Argentina.

Nessa defesa, faz-se necessário indicar Couto (2014, p. 96-97), que alega:

Diante disso, pode-se imputar ao jurista argentino Jorge Walter Peyrano, inspirado nas ideias de ônus processual de James Goldschmidt, a introdução e o desenvolvimento da teoria sob menção, o que se deu de forma descontínua, por intermédio de vários trabalhos isolados sobre o tema, acompanhando atentamente os movimentos do direito - doutrina e jurisprudência - de seu país.

Nota-se nas entrelinhas a atribuição da origem a Jorge W. Peyrano, dispendo Couto (2014, p. 98) que “por volta de 1981, o mencionado jurista publicou o primeiro artigo sobre a teoria, em co-autoria com Julio O. Chiappini, intitulado *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, apresentando-a, assim, à comunidade jurídica”. Observa-se a afirmação que o primeiro artigo sobre a teoria foi de Peyrano.

Enfatizando a menção dada ao jurista argentino, Couto (2014, p. 98), declara que:

Em vários momentos o próprio Peyrano e outros autores reconheceram que a teoria nasceu como um paliativo para aliviar a impossível tarefa de um paciente que havia sido vítima de erro médico no momento da cirurgia e que, no bojo de uma demanda de responsabilidade civil médica, não tinha condições de cumprir com o ônus da prova naquele caso específico, ou seja, o de provar a culpa do médico.

Posicionando-se contrariamente quanto à origem brotar do solo argentino, Macêdo e Peixoto (2016, p. 136) indicam que: “teve na argentina seu desenvolvimento e enriquecimento, com a obra de Jorge W. Peyrano”. Assim sendo, a origem não se deu por intermédio de Jorge W. Peyrano.

Neste sentido, contrário ao nascituro da teoria na Argentina, tem-se o posicionamento de Theodoro Junior (2016, p. 901) instruindo que:

[...] A ideia não é nova, pois já a defendia Bentham de longa data, e, no direito argentino já vinha sendo adotada há algum tempo graças à doutrina de Jorge W. Peyrano, o principal difusor da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em sua feição moderna.

Portando, conclui-se que não é determinável a origem da teoria dinâmica do ônus da prova, mas que foi no direito argentino, por intermédio do jurista Jorge W. Peyrano, que se propagou, daí então se tem que prosperou, progrediu.

2.1.2 Fundamentos

A teoria de dinamização do ônus probatório apresenta-se um conjunto de regras básicas de organização e funcionamento que a disciplina.

Nesse diapasão, Couto (2014, p. 99) tratando dos fundamentos presentes na teoria, informa que:

Analisando a mencionada *Teoria de las cargas probatorias dinámicas*, pode-se abstrair que um dos seus objetivos consiste em complementar e aperfeiçoar as regras tradicionais vigentes sobre o *onus probandi*.

Em efeito, pode-se ainda identificar como um de seus fundamentos a necessidade de se flexibilizar a aplicação das regras fixas vigentes sobre o tema, quando aquela parte que deve provar, segundo essas regras, não tem condições de fazê-lo, por motivos absolutamente alheios a sua vontade. Assim, não interessa a posição da parte no processo, se autor ou demandado, devendo produzir a prova, especialmente, aquela parte que se encontra em melhores condições para tal. Da mesma forma, em âmbitos gerais, não interessa a natureza do fato alegado, ou seja, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Em outras palavras, a teoria sob comento deve ser aplicada naquelas situações em que os critérios estabelecidos pela lei quanto à distribuição do ônus da prova, não se mostram adequados e eficazes para atingir o seu fim. Nessas situações o *onus probandi* deve recair sobre aquela parte que guarda melhores condições técnicas ou fáticas para produzi-las.

Assim, a *priori*, nota-se que a teoria foca-se na complementação e no desenvolvimento das regras em vigor no tocante ao *onus probandi*, em conseqüência, desenvolve-se uma flexibilização da aplicação dessas regras, observando-se alguns critérios.

Originalmente, para Couto (2014, p. 99) tem-se na *teoria de las cargas probatorias dinámicas*, os seguintes fundamentos: a aplicação da justiça no caso concreto, ou seja, a equidade; o comportamento das partes perante o procedimento processual; e a sensatez do magistrado na condução do processo.

Nota-se que o primeiro fundamento é a justiça-equidade. Identifica-se nesse fundamento a questão do exercício de um direito, justo e igual, entre as partes.

Dispondo acerca do fundamento justiça-equidade, Macêdo e Peixoto (2016, p. 142) informam que:

Além disso, a técnica da dinamização é possibilitada por regra jurídica que concretiza o princípio da igualdade processual, garantindo a equalização de situações exorbitantemente díspares a ponto de causar prejuízo jurídico significativo a uma das partes, [...]

Logo, tem-se por basilar tal fundamento, o princípio da igualdade processual.

Neste contexto, Theodoro Junior (2016, p. 900-901) complementa que:

A aplicação da partilha estática do ônus da prova se vale da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova, de maneira que os encargos em questão seriam objeto de repartição legal equilibrada. No entanto, a realidade aponta para rumos diferentes, pois não são raros os casos em que a parte encarregada pela lei do *onus probandi* não se acha, *in concreto*, em condições favoráveis de acesso aos meios

demonstrativos da verdade acerca dos fatos alegados na fase postulatória, relevantes para o juiz chegar à solução justa do litígio.

Percebe-se que o princípio da igualdade processual não é respeitado quando se dispõe a fixação do *onus probandi*, mas quando, na análise do concreto observa-se à parte que possui melhores condições para a produção da prova.

Fundamenta ainda a teoria, a atitude das partes durante o procedimento processual, ou seja, o processo.

Dissertando sobre tal fundamento, Couto (2014, p. 99-100) estabelece que:

[...] Todas as vezes que um indivíduo passa à condição de parte no processo, não é somente para fazer uso de seus direitos, mas também, conseqüentemente, assume determinados deveres. Assim, tanto as partes quanto seus respectivos advogados, uma vez integrantes da relação jurídica processual, tem o dever processual de conduzir-se com lealdade, probidade e boa-fé. Esse dever, por sua vez, desdobra-se no dever de colaboração na produção da prova, para que o juiz possa alcançar a verdade material.

Constata-se que, tal fundamento integra-se de diversos deveres que a parte, e, por conseguinte, seu representante legal no processo, o advogado, tem de respeitar, mesmo estando estes intrinsecamente ligados ao processo. Assim, deve-se preservar a lealdade, a probidade e a boa-fé processuais. Por sua vez, o dever processual dissocia-se no dever de colaboração, que se pode entender como princípio.

Nessa percepção, acerca do princípio da cooperação, Macêdo e Peixoto (2016, p. 142-143) ensina que: “a dinamização do ônus da prova é expressão do princípio da cooperação, servindo como meio de tutelar este principio quando houver abuso que prejudique, potencial ou efetivamente, o acesso à justiça de algum dos sujeitos processuais”.

Por fim, tem-se a responsabilidade do magistrado na condução do processo como fundamento original da teoria.

Ao pronunciar-se sobre o último fundamento acerca da teoria, Couto (2014, p. 100) ensina que:

Quanto ao terceiro fundamento, ou seja, a responsabilidade dos magistrados no processo, também em contraposição ao que prega o princípio dispositivo, informador da maioria das legislações pertinentes ao processo civil no mundo ocidental, não tem os magistrados o papel de meros guardiões da ordem e da compostura. É da essência da magistratura impedir que os mais fortes, aqueles que tem uma posição econômica, social

ou jurídica mais vantajosa, tanto no aspecto substancial quanto no aspecto processual, sejam beneficiados em detrimento dos mais fracos, por intermédio de instrumentos legais que proporcionem o efetivo equilíbrio dessas forças. E para estes, a única garantia real e verdadeira é a existência de um juiz interessado em sua função e preocupado com a evidência dos fatos no processo, possibilitando o proferimento de uma justa sentença.

Extrai-se que o juiz não é um mero guardião do processo, que deverá dar o direito a quem assistir no finalizar do litígio, mas o magistrado é aquele que tem por função a pronúncia de uma sentença justa, baseada o mais próximo possível da verdade real, e tal verdade não emerge se não for proveniente de uma adaptação processual para melhor colheita de provas.

A adaptação do processo é entendida como um princípio, assim dispõe Macêdo e Peixoto (2016, p. 142) instruindo que:

[...] o princípio da adaptação processual, que estabelece o poder-dever de o magistrado conformador as situações jurídicas processuais em consonância com as necessidades do caso concreto, evitando danos a valores constitucionalmente protegidos – como é o acesso à justiça.

Logo, o princípio da adaptação do processo permite ao juiz a harmonização entre as situações jurídicas do processo com que o que for exigido no caso concreto, permeando assim, o resguardo dos valores constitucionais assegurados.

Ressalta-se que, o até agora exposto, são os fundamentos originais da *teoria de las cargas probatorias dinâmicas*, por conseguinte, tais fundamentos podem derivar em outros.

Neste sentido, Couto (2014, p. 100) informa que:

Possível, ainda, citar outros fundamentos vislumbrados pela doutrina e jurisprudência argentina, v.g., concepção dinâmica do processo, dever de colaboração entre os profissionais - advogados -, necessidade de equilibrar as diferenças existentes entre as partes no processo.

Verifica-se, portanto, que a teoria da dinamização do ônus da prova, apresenta diversos fundamentos, nos quais proporcionam o todo o desenrolar da teoria.

2.1.3 Características

Na teoria da dinamização do ônus da prova, algumas particularidades são perceptíveis, nas quais a identifica. Dentre as características, assinala-se o disposto por Couto (2014, p. 100), quando indica que é uma: “doutrina de exceção, justamente por ter sido vislumbrada com o fim de dar soluções adequadas a demandas específicas, diante de desigualdades existentes entre as partes, que acabavam por desaguar em decisões definitivas injustas”. Verifica-se um caráter não generalista na aplicação da teoria.

Neste sentido, Theodoro Junior (2016, p. 901), aponta que:

Importante ressaltar, outrossim, que a distribuição estática do ônus da prova se traduz em regra a ser observada apenas no momento da sentença. Ao contrário, a distribuição dinâmica atua no curso do procedimento, cabendo ao juiz determiná-la, quando pertinente, por meio de decisão interlocutória, sujeitando-se, porém, ao mecanismo do contraditório.

Logo, pode-se entender que a teoria da dinamização do ônus da prova não tem caráter generalista, pois esta se fundamenta, na possibilidade por uma das partes, de ter a igualdade na produção da prova.

Percebe-se ainda, no contexto, um caráter subsidiário, como determina Macêdo e Peixoto (2016, p. 171), ao afirmar que “a distribuição com caráter dinâmico só será realizada em caráter subsidiário, em caso de mau funcionamento dos incisos I e II do art. 373 do CPC/2015”. Então, a aplicabilidade da teoria é subsidiária a impossibilidade da parte na demonstração da prova, sendo observados os requisitos legais.

Possui caráter excepcional, visto que, sua aplicação dá-se em circunstâncias especiais, *sui generis*, quando as regras gerais engessam o desenvolver processual, afastando-se da verdade real, não correspondendo ao propósito do processo, por conseguinte, aos princípios processuais.

Conforme Couto (2014, p. 101) pode-se afirmar em relação aos critérios definidores de distribuição de *onus probandi*, a teoria não possui vocação para enfoques apriorísticos, uma vez que, prioriza as conjunturas do caso concreto.

Diante do exposto, ressalta-se o entendimento de Theodoro Junior (2016, p. 902) quando aduz que:

Ainda que a teoria do Código de 1973 (a de distribuição estática do *onus probandi*) – devida à autoridade de Chiovenda – seja idônea para solucionar a maioria das hipóteses, o certo é que, em muitas situações, se revela inadequada ao equacionamento do caso concreto segundo as exigências do processo justo. Assim, exige-se do juiz, em condições especiais, a flexibilização das regras legais ordinárias sobre o ônus da prova, “cuja aplicação fria pode acarretar sacrifício excessivo a uma das partes e, às vezes, até mesmo iniquidade”.

Verificam-se, no disposto, as características da teoria da dinamização do ônus da prova até o momento apresentadas.

Nesse diapasão, Couto (2014, p. 101), sobre a teoria dinâmica do ônus da prova, aduz que:

Em síntese, é possível concluir que a presente teoria, ao permitir a distribuição dinâmica do ônus da prova, rompe a tradição de estabelecimento prévio e abstrato do ônus da prova, desconsidera a posição da parte na relação processual, não importando se o indivíduo figura como autor ou requerido, bem como a diferenciação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, enfatizando e priorizando os fatos e circunstâncias concretas da demanda e aquela parte que efetivamente se encontra em melhores condições de produzir determinada prova.

Assim, pode-se firmar a compreensão que a teoria foge a regra geral, suspendendo à maneira corriqueira na aplicação do ônus da prova, forjando assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova. Neste aspecto, há um reposicionamento das partes na relação processual, tendo o caso concreto como centro, permitindo que o magistrado avalie-o, determinando por fim, quem tem melhores possibilidades para a produção de determinadas provas.

2.2 DINAMIZAÇÃO DOS ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Diante do exposto, passa-se a analisar a teoria da dinamização do ônus da prova face ao direito processual civil brasileiro.

Ao referi-se sobre a distribuição do ônus da prova, Couto (2014, p. 102) adverte que:

A impossibilidade de se formular um critério geral, abstrato e prévio de distribuição do ônus da prova que satisfaça todas as hipóteses de aplicação do direito diante da existência de incerteza, de dúvida quanto à situação fática, quando do provimento final do magistrado, momento no qual então deverá decidir sobre um fato incerto, é algo assente em doutrina específica sobre o tema.

Logo, percebe-se a inviabilidade de equacionar um critério geral no tocante a aplicação da distribuição do ônus da prova; Tem-se, pois inúmeras e diversas situações fáticas, além do aparecimento de novas, uma vez que o direito é aplicado ao atual momento da sociedade.

Tratando do tema, Macêdo e Peixoto (2016, p. 141) relatam que:

O CPC/2015, diversamente do CPC/1973, permite expressamente a dinamização do ônus da prova. No entanto, a regra permanece como sendo a distribuição estática do ônus da prova. Nesse contexto, a carga probatória está repartida prévia e abstratamente. A regra do caput do art. 373 do CPC/2015 mantém a regra do art. 333 do CPC/1973, de modo que é possível às pessoas que vão ajuizar uma demanda saberem, antes mesmo de efetivamente o fazerem, a quem caberá a carga probatória de cada fato jurídico.

Nota-se que, com a adição da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não desprezou um critério geral, abstrato e prévio, mas sim, permaneceu codificado, até para a questão de segurança jurídica. Assim, conforme Theodoro Junior (2016, p. 902) pode-se afirmar que o sistema de partilha do ônus da prova permanece estático e rígido.

Desta forma, a positivação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, através do Código de Processo Civil, apresenta-se como sendo permissionária a sua aplicação em face de determinadas situações, também positivadas.

Nesse sentido, indagando-se sobre a dinamização, Couto (2014, p. 104) relata que:

Afinal, como indica sua própria denominação, dinamização retrata a capacidade de ser móvel, sendo sua maior característica a adaptabilidade aos casos concretos para garantir o direito material de quem o realmente tem, estando assim em perfeita sintonia com o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Desta maneira, percebe-se que a teoria busca a aplicação no caso concreto, e para tanto, vale-se da sua adaptabilidade, estando em concordância com o princípio da tutela jurisdicional.

Diante do exposto, passa-se a tratar dos elementos presentes na teoria, verificando componentes conceituais e estruturais em virtude do processo civil brasileiro.

2.2.1 Elementos conceituais

Importa informar que sobre os elementos conceituais da teoria dinâmica do ônus da prova, de determinada modo, já estavam sendo apresentados, de forma sistemática e paulatinamente, pois tais elementos estão arraigados na presente teoria, e não houve como dissociá-los para que fosse feito os comentários até agora empregados.

Cabe salientar, como informa Couto (2014, p. 107) que:

Dinamizar o ônus da prova é atribuir o caráter dinâmico ao dogma do *onus probandi*, permitindo ao magistrado, quando da utilização da regra de julgamento, transformar a regra estática que disciplina o tema em algo dinâmico, ativo, observando determinados requisitos que serão objeto de análise adiante.

Intrínseco a teoria da dinamização do ônus da prova, está o caráter dinâmico do *onus probandi*, a permissividade que o juiz possui na análise do caso concreto para determinar, quem conserva as melhores condições de apresentar a prova, devendo o juiz observar alguns formalidades que a lei estabelece.

Assim, chama-se atenção, para o objetivo da teoria da dinamização do ônus da prova, este segundo Couto (2014, p. 107), não é “conceder aos magistrados amplos poderes a ponto de permitir que eles, arbitrariamente, estabeleçam caso a caso, as regras sobre a distribuição do ônus da prova”. Na realidade, ao juiz não é lhe dado total poder sobre a questão da distribuição do ônus da prova, este deve seguir determinadas formalidades.

Neste contexto, sobre as atribuições do magistrado quanto à verificação da possibilidade do uso da teoria dinâmica do ônus da prova, Couto (2014, p. 107) assevera que:

Não se pode negar e deixar de mencionar, todavia, que a teoria confere ao magistrado, diversamente da distribuição rígida, pré-estabelecida e em abstrato, considerável grau de poder interpretativo, pois para aplicá-la, será necessário, diante da ausência de certeza oriunda da inércia da respectiva parte na produção da prova ou de sua insuficiência, utilizar a regra de julgamento sob enfoque, após analisar as circunstâncias específicas do caso concreto. Deverá, dessa forma, averiguar, v.g., qual das partes tem maior facilidade fática na produção da prova, se uma das partes está em situação de desigualdade perante a outra, enfim, identificar quais situações

em que os critérios estabelecidos pela lei quanto à distribuição do ônus da prova não se mostram adequados e eficazes para atingir o seu fim.

Entende-se, portanto, que ao magistrado, lhe é dado à possibilidade de interpretar conforme o caso concreto. Assim incumbe ao julgador a utilização apenas das regras rígidas em relação ao ônus da prova, ou se for necessário, respeitando os preceitos para sua utilização, fazer uso da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Oportuno é alertar que fazer o uso da teoria dinâmica do ônus da prova não modificará a autonomia conceitual de ônus da prova.

Neste sentido, Couto (2014, p. 111-112) esclarece que:

Pode-se concluir, assim, que a teoria da dinamização do ônus da prova, da mesma forma como restou evidenciado em relação ao ônus objetivo da prova, teoricamente analisado no título precedente, também não gera modificações no conceito de ônus (processual). Mesmo diante da aplicação da teoria da dinamização, no caso concreto, a parte onerada continua a ter um ônus, sendo-lhe facultado praticar o respectivo ato de natureza probatória quando desejar e no intuito de obter um efeito favorável.

Verifica-se então, que a utilização da teoria não interfere no conceito de ônus da prova, uma vez que, de toda forma, as partes que foram oneradas, permanecem com o ônus, como já relatado, anteriormente ônus não é obrigação, pode ou não, apresentar provas ao processo.

Dentre os elementos conceituais da teoria estudada, tem-se a distribuição do ônus da prova.

Conforme preconiza Couto (2014, p. 112), entende-se que:

A distribuição do ônus da prova é o ponto central de aplicabilidade, de atuação prática da teoria da dinamização do ônus da prova. É essencialmente na distribuição desse ônus que a teoria sob enfoque incide e transcende do campo teórico ao prático. Distribuir significa repartir. O que se reparte é o ônus da produção da prova e respectivas consequências da inatividade ou deficiência dessa produção.

Desta forma, o enfoque da teoria funda-se justamente na aplicação da distribuição do ônus da prova.

Aponta-se como finalidades, o disposto por Couto (2014, p. 112-113), quando aduz que:

O fim principal é dotar o sistema processual de uma norma de julgamento que possa ser utilizada em situações limites nas quais os sujeitos do processo, autor, réu e também o juiz, considerando seu poder instrutório, não obtiveram êxito em produzir provas hábeis a formar o convencimento do magistrado quanto à situação fática apresentada pelas partes. Evidente que o fracasso na atividade instrutória do juiz não gera consequências processuais na medida em que gera às partes. Como desdobramento natural do fim principal dessa técnica encontra-se a vedação ao *sibi non liquet*.

A finalidade acessória desta técnica é de orientação, um fim de conteúdo programático, através do qual se dá uma fórmula a cada parte contendo a natureza dos fatos que se deve provar para obter êxito em suas pretensões e as respectivas consequências caso não o faça ou o faça de forma insatisfatória.

Evidenciam-se, assim, duas finalidades, uma principal que tem o fim de prover o direito processual civil de um instrumento hábil para suprir a impossibilidade, em determinadas condições, de a parte apresentar as provas devidas. A acessória baseia-se na orientação, de como as partes devem proceder durante o processo.

Reportando-se quanto à forma de distribuição do ônus da prova, Couto (2014, p. 113) indica que:

A distribuição em menção, por opção político-legislativa, pode ocorrer de forma rígida (inflexível) ou dinâmica (flexível). Cada forma de distribuição poderá conter um ou vários critérios para sua operacionalização. Assim, por exemplo, uma legislação que adota a distribuição rígida dos ônus probatórios, poderá estabelecer como critérios dessa distribuição a natureza do fato e/ou a posição processual das partes. Uma legislação que adota a distribuição dinâmica, o critério escolhido poderá ser, por exemplo, o da igualdade entre as partes ou o da maior facilidade em produzir a prova.

Observa-se, pois, duas formas de distribuição do ônus probatório, uma rígida e outra dinâmica, e que cada uma possui parâmetros para o seu funcionamento.

Necessita-se identificar qual das formas o sistema processual civil brasileiro adota. No entender de Macêdo e Peixoto (2016, p. 142) tem-se que “O sistema processual inaugurado pelo CPC/2015 adota a teoria da distribuição estática do ônus da prova e complementa-a com a regra que efetiva a razão de ser da doutrina das cargas dinâmicas”.

Verifica-se, portanto, que o Código de Processo Civil brasileiro adotou a distribuição na forma rígida como regra geral, e conforme já mencionado, a forma dinâmica deve ser aplicada de forma subsidiária.

Dentre os elementos, necessita-se ainda distinguir a dinamização do ônus da prova e a inversão do ônus da prova.

Diante do apresentado sobre dinamização, necessita-se entender o que é a inversão do ônus probatório. Na concepção de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 113-114):

Há casos em que o legislador altera a regra geral e cria hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova - ao autor não caberia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo. Há quem denomine esses casos de inversão *ope legis* do ônus da prova. É uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação.

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, aprioristicamente, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373 do CPC.

Rigorosamente, não há aí qualquer inversão; há, tão somente, uma exceção legal à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, excepcionando a regra contida no art. 373 do CPC. Por conta disso, é também uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 373 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

Observam-se, algumas diferenças entre inversão e a dinamização do ônus da prova. Primeiramente, nota-se que a inversão não depende do caso concreto e da atuação do juiz, em oposição ao estabelecido pela dinamização. Tem-se, ainda, que na inversão há uma exceção a regra geral que se dá por meio de determinada lei, e na dinamização, tem caráter excepcional, subsidiário. Identifica-se conforme o relatado, que na inversão ao fim do litígio, será aplicado à lei que disciplina a situação específica, já na dinamização, o dispositivo legal é o próprio Código de Processo Civil.

Portanto, conclui-se que a dinamização do ônus da prova e a inversão do ônus da prova são atos jurídico-processuais distintos.

2.2.2 Elementos estruturais

A teoria da dinamização do ônus da prova, assim como as demais teorias apresentam elementos estruturais, que são os componentes nos quais fornecem a base, o amparo necessário para estruturação da teoria.

Tratando do tema, Couto (2014, p. 127) enfatiza que:

Em efeito, a conjugação dos elementos estruturais da teoria da dinamização do ônus da prova lhe concede, ainda, eficácia e validade teórica e prática no sistema jurídico.

A teoria da dinamização do ônus da prova apresenta quatro elementos estruturais fundamentais: os requisitos para a sua aplicabilidade, o dever de informação do magistrado às partes, o momento de sua aplicabilidade e os limites de sua aplicabilidade.

Desta forma, os elementos estruturais além de fornecer a base para construção da teoria permitem que esta adquira eficácia e validade para o direito processual civil. Nota-se que são quatro os elementos estruturais que fomentam a teoria dinâmica do ônus da prova. Ressalta-se que conforme o entendimento doutrinário pode-se deduzir mais elementos estruturais.

2.2.2.1 Requisitos de aplicabilidade da dinamização do ônus da prova

Dentre os requisitos para a aplicabilidade da prova aponta-se a excessiva dificuldade ou ainda, a impossibilidade na produção de determinada prova por uma parte. Assim, pode-se indicar à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela parte. Logo, verifica-se que o requisito é a possibilidade de produção da prova que se divide nos três anteriormente relatados.

Neste sentido, apresentando como requisito, Theodoro Junior (2016, p. 905) esclarece que:

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

Desta forma, finca-se que só será permitida a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova quando houver a possibilidade da produção da prova pela parte contrária, não sendo admitido se incorrer em prejuízo à parte.

Importante ressaltar a afirmação de Couto (2014, p. 130-131), que entende:

A dificuldade ou impossibilidade na produção de determinada prova por uma parte não guarda nexos causal obrigatório pertinente à facilidade e possibilidade de produção dessa prova pela parte contrária. Esse nexos

causal existe em âmbitos gerais, porém não em todos os casos concretos, sendo marcado pelo caráter da eventualidade. Diante disso, se pode afirmar que nem toda hipótese que configure dificuldade ou impossibilidade na produção da prova significa, necessariamente, facilidade e possibilidade para a outra parte quanto à sua produção.

[...]

Essa efetiva dificuldade ou impossibilidade, por sua vez, pode derivar da: a) ausência de condições fáticas na obtenção da prova, uma vez que prova não obtida não pode ser produzida; b) da ausência de condições econômicas da parte interessada, inserindo-se perfeitamente neste contexto o conceito de desigualdade econômica; c) da ausência de condições técnicas da parte interessada, inserindo-se perfeitamente neste contexto o conceito de desigualdade técnica.

Nota-se que, no âmbito da teoria dinâmica do ônus da prova, não se pode confundir excessiva dificuldade, impossibilidade na produção da prova para uma parte e por ventura maior facilidade e possibilidade na produção da prova pela outra parte, deve-se sempre observar caso a caso.

A impossibilidade ou a excessiva dificuldade resulta da inexistência de circunstâncias: fáticas para produção da prova; econômicas da parte onerada e técnicas pelas partes.

Desta maneira, pode-se compreender a dificuldade ou impossibilidade de produzir uma prova como sendo um impedimento real, pode ser que seja quase impraticável, ou mesmo que seja impraticável pela respectiva parte.

Na esteira, da parte ter a maior facilidade de obtenção da prova, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 128) asseveram que:

[...] Também é possível a redistribuição judicial do ônus da prova quando, à luz do caso concreto, revelar-se que a obtenção da prova do fato contrário pode ser mais facilmente obtida por uma parte em relação a outra. Neste caso, a redistribuição do ônus da prova feita pelo juiz visa à concretização da ideia de quem o ônus deve recair sobre aquele que, no caso concreto, possa mais facilmente dele se desincumbir.

Logo, verifica-se que é uma situação distinta da ora apresentada, verifica-se nesta que uma parte possui melhores condições de produzir a prova em relação à outra. Assim, seguindo essa linha de raciocínio, Couto (2014, p. 131) relata que: “consiste na efetiva facilidade da parte em produzir determinada prova que, a priori, diante da regra geral, incumbe à parte *ex adversa*”.

Observa-se que não precisam estar presentes, na mesma lide, a excessiva dificuldade, a impossibilidade na produção de determinada prova e maior facilidade

na obtenção destas. Necessita-se apenas que o magistrado evidencie a presença de um desses requisitos e aplique ao caso concreto se assim for necessário e possível.

Portanto, pode-se concluir que em relação à teoria dinâmica do ônus da prova, quanto ao requisito da prova redirecionada ser possível advém da efetiva desigualdade entre as partes.

Neste seguimento, Macêdo e Peixoto (2016, p. 172) sintetizam que: “enfim, o que se exige é a existência de nítida desigualdade entre as partes acerca das condições probatórias, configuradas por uma grande dificuldade de um lado e a relativa facilidade do outro”.

Dentre as desigualdades entre as partes, tem-se a econômico-financeira, a técnica e algum fator no qual a produção da prova torna-se árduo para uma parte ou descomplicado para outra. Ressalta-se que sobre os fatores que possibilitam ou não a produção de prova, já foram abordados.

Admite-se, portanto, como requisito para aplicação da teoria a desigualdade econômico-financeira. Nessa seara, Couto (2014, p. 133) ensina que:

Quanto à desigualdade econômico-financeira como requisito à aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, deverá o magistrado analisar a capacidade econômico-financeira do jurisdicionado quanto à produção da prova necessária e essencial para a solução da respectiva demanda. Assim, a utilização deste requisito fica adstrita àquelas provas cuja realização dependa de pagamento relativo a sua respectiva execução, sendo a mais comum a produção de prova pericial.

Assim, a desigualdade econômico-financeira torna-se requisito permissivo para o juiz empregar a teoria da dinamização do ônus da prova, porém este deve observar se a parte onerada provém de meio econômico-financeiro suficiente para produção da prova.

A justificativa para essa informação encontra-se amparada na exposição feita por Couto (2014, p. 134), quando aduz:

Não se pode esquecer, bem como sustentar sob pretexto algum, inclusive o da aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, ao buscar equilibrar as forças entre as partes, diante da evidente desigualdade econômica de uma delas, que o magistrado crie para a outra parte uma despesa, um custo excessivo, além de seu potencial econômico-financeiro, tornando assim a produção dessa prova efetivamente impossível, dando ensejo a uma verdadeira prova diabólica decorrente da ausência de condições econômico-financeiras de arcar com as despesas da produção da prova.

Isto posto, o magistrado deve ater-se não só para a condição econômico-financeira de uma das partes, mas sim, avaliar no caso concreto, se ao fazer uso da teoria dinâmica do ônus da prova, não causará prejuízo a outra parte em sua determinação. Então, o juiz deverá analisar se a parte é possuidor de capacidade econômico-financeira para produzir a prova necessária e essencial para resolução do litígio.

A desigualdade técnica deve ser considerada como um requisito para aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova. Deve-se observar, de maneira que, a desigualdade técnica refere-se diretamente e particularmente à produção da prova.

Oportuno e imprescindível e destacar que a desigualdade técnica e a desigualdade econômico-financeira podem coincidir no mesmo caso concreto.

Destarte, Couto (2014, p. 137) argumenta que:

Não se pode negar que a desigualdade econômico-financeira em alguns casos concretos pode coexistir com a desigualdade técnica. Não se pode negar ainda que essa desigualdade processual, em âmbito prático-jurídico e na vida do jurisdicionado, também gera reflexos e dificuldades à própria obtenção do direito material.

Então, verifica-se o caso concreto para avaliação de existência dos requisitos, a desigualdade técnica e a desigualdade econômico-financeira, pois, podem na análise de caso a caso coexistirem sem que alterem o objetivo principal, a utilização da teoria da dinamização do ônus da prova.

Para facilitar o entendimento, usar-se-á o exemplo que Couto (2014, p. 137) utiliza para manifestar-se sobre a desigualdade técnica:

[...] Duas empresas de igual porte e semelhantes condições financeiras litigam em decorrência de um produto adquirido por uma delas, sob a alegação que o referido produto não funciona exatamente como acordado nas negociações de venda. Na hipótese, uma empresa automobilística adquiriu de uma outra empresa de logística e informática um software destinado a gerenciar parte de sua linha de produção de automóveis. Contudo, segundo a empresa automobilística, o software adquirido apresenta vício que lhe impede de atingir as expectativas almejadas na linha de produção. Em contrapartida, a empresa de informática alega que não existe vício e que o software não é o responsável pelas frustrações em relação às expectativas quanto à produção de automóveis. Neste caso hipotético, não resta dúvida que a empresa automobilística está em desigualdade técnica em relação à empresa de informática, pois todo o conhecimento técnico-científico utilizado na criação do produto, inclusive protegido pela lei de direitos autorais e patentes, está na posse desta última. Evidente, assim, que o ônus da produção dessa prova deve ser atribuído à empresa de logística e informática, parte requerida nesta abstrata demanda.

Diante do exposto, nota-se que as duas empresas possuem um poder econômico-financeiro, relativamente, iguais, porém percebe-se que existe um litígio em torno de uma programação de computador, na qual uma das empresas é detentora do conhecimento técnico-científico, no caso software, e a outra não possui tal conhecimento, pois atua no ramo automobilístico. Diante da situação o magistrado ao averiguar a existência da desigualdade técnica, pode atribuir, conforme o requisito, a dinamização do ônus da prova, tendo a empresa de logística e informática o encargo probatório.

Dentre os requisitos para aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, importante dúvida surge sobre considerar ou não como requisito a prova complexa.

Neste contexto, Couto (2014, p. 139-140) indica que:

Ademais, a complexidade ou dificuldade pode estar situada tanto na zona de obtenção, quanto na zona de produção da prova. Quanto a essa diferenciação se pode afirmar que, regra geral, toda vez que houver complexidade na obtenção da prova, haverá em sua produção, o que não se equivale na hipótese inversa. E é exatamente esse um dos fatores pelo qual o presente tema ganha destaque na doutrina pátria somente sob o aspecto processual. Em efeito, doravante, quando for mencionado o termo complexidade da prova estar-se-á referindo à dificuldade na produção da prova.

Identifica-se que a prova complexa pode figurar tanto na produção quanto na obtenção da prova, e daí verifica-se a sua complexidade. Assim, percebe-se que quando for difícil a obtenção da prova terá caráter mais amplo, englobando assim, a sua produção e que a recíproca não pode ser afirmada.

Destarte, para caracterizar a prova complexa quanto à sua produção, necessita-se de alguns fundamentos. Dentre eles, Couto (2014, p. 141) aponta os seguintes: “a) quantidade de participantes na demanda; b) extensão dos efeitos da decisão judicial na sociedade; c) necessidade de intervenção de terceiros na demanda para produção de prova científica e especializada e, d) burocracia procedimental”. Desta maneira, para que haja caracterização da prova complexa é necessária a existência desses fundamentos.

Logo, pode-se afirmar que a *prova complexa*, averiguando o caso específico dever-se-á considerá-la como requisito para aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova.

Outra importante indagação que se faz, visa-se quanto à possibilidade de considerar como requisito para aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova a *prova diabólica*.

Conceituando a prova diabólica, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 114) afirmam que:

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

Desta forma, pode-se compreender prova diabólica como aquela que mesmo se utilizando de todos os meios de prova não será possível a sua produção. Então, deve-se verificar a prova diabólica como sendo requisito para aplicação da teoria.

Por conseguinte, Couto (2014, p. 143-144) esclarece que:

A *probatio diabolica* é considerada um dos requisitos de aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova a partir do momento que não se caracterize, por via reflexa, a prova diabólica reversa, que por sua vez, consiste em um dos limites à aplicação da dinamização, [...]
Em efeito, o magistrado ao averiguar que a produção da prova de determinado fato pode ser considerada diabólica para o autor, deverá paralelamente averiguar se, ao aplicar a dinamização do ônus da prova em relação a tal fato, imputando-a ao requerido, não criará para este uma prova diabólica reversa. Se isso se configurar no caso concreto, não há falar-se em aplicação da teoria sob enfoque.

Portanto considera-se a prova diabólica como requisito da teoria da dinamização do ônus da prova, de forma negativa, ou seja, se for averiguado que causará a parte onerada prova diabólica, o magistrado não fará uso da dinamização.

Percebe-se que a prova diabólica e a prova complexa, possuem conexão. Por tal motivo, Couto (2014, p. 140) adverte que:

Vale ressaltar ainda que o magistrado, ao se deparar com a necessidade de produção de provas complexas nos autos, deve averiguar se há efetiva facilidade e possibilidade de uma das partes em sua produção, sob pena de transformar a prova complexa para uma parte em prova diabólica para a outra, tema este que será aprofundado adiante, caso aplique inadvertidamente a teoria da dinamização do ônus da prova.

Nota-se que o uso indevido da teoria e a falta de esmero na distribuição podem transformar a prova complexa da parte onerada em prova diabólica.

2.2.2.2 Dever de informação e aplicação da dinamização

O dever de informação à parte onerada é um dos requisitos necessários para a utilização da teoria dinâmica do ônus da prova, que deve ser realizada pelo magistrado, em consonância com o disposto na parte final do § 1º, do art. 373, do Código de Processo Civil⁶.

Nesse sentido, Theodoro Junior (2016, p. 905) informa que:

A redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo. Não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.

Entende-se, portanto, que o magistrado ao fazer uso da teoria dinâmica do ônus da prova, não poderá fazer essa dinamização do ônus, sem que a parte onerada tenha conhecimento para poder, assim, dispor tanto na produção da prova, quanto ao desincumbi-se da produção da prova. Assim, a intimação proferida pelo juiz sobre a dinamização do ônus da prova deve ser realizada antes da pronúncia da sentença.

Percebe-se a importância da parte ter conhecimento sobre o encargo que lhe foi atribuído. Assim, se no caso do magistrado não cumprir o seu dever de informação, implicará na não possibilidade do uso da teoria dinâmica do ônus da prova. Com efeito, poderá causar prejuízo à parte, e, por conseguinte, caberá a nulidade, assim ensina Couto (2014, p. 163).

Assim, a nulidade deve-se à violação de princípios constitucionais, como o da ampla defesa, do contraditório e o direito à ampla produção da prova.

⁶ Art. 373, § 1º, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. [...] 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.

2.2.2.3 Momento de aplicação da dinamização

Ainda é discutível na doutrina o momento de aplicação da teoria de dinamização do ônus da prova.

Nesses termos, Couto (2014, p. 164) alerta que:

A dinamização do ônus da prova é uma teoria inserida nos contornos científicos do dogma do ônus da prova. Em efeito, como visto anteriormente, a doutrina estrangeira é praticamente uníssona ao definir ônus da prova como regra de julgamento. Pode-se afirmar que também a doutrina pátria, ainda que majoritariamente, tem entendimento idêntico, pois mesmo aqueles que enfatizam a face subjetiva do ônus da prova, como regra de conduta, não isolam o fenômeno em relação à face objetiva, ou seja, à regra de julgamento e, ainda, não afirmam, pois impossível, que ônus da prova não é regra de julgamento. Diante disso, e sem qualquer lampejo de dúvida, até mesmo por decorrência de lógica jurídica, o momento de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova é o do ato sentencial.

De acordo com o alegado, discute-se qual o momento de aplicação da dinamização do ônus da prova, sendo majoritário o entendimento que como regra de julgamento deve ser aplicada no ato sentencial.

Cumprido informar que o processo judicial não é um procedimento rígido, inalterável. Por óbvio, apresenta algumas fases, desde sua propositura até o trânsito e julgado, mas não segue uma estrada retilínea. Todavia, possui uma sequência de fases. Assim, faz-se necessário observar a possibilidade de ser aplicada a dinamização do ônus da prova em algumas fases processuais.

Iniciando o processo, tem-se que a citação da parte contrária. Quanto da possibilidade de aplicação, nessa fase, Macêdo e Peixoto (2016, p. 191) deixam claro que:

A dinamização do *onus probandi* em decisão citatória não é adequada. Nesse momento não se sabe efetivamente das dificuldades da prova, na verdade a situação instrutória do réu pode ser ainda mais complicada, além de sequer ser possível o conhecimento dos pontos controvertidos, que dependem da resposta do réu. O contraditório deve ser observado para além da audiência bilateral das partes, sendo esse seu caráter meramente formal, devendo haver a concessão ao réu a oportunidade de elucidar a situação litigiosa e de influenciar no juízo do magistrado.

Logo, percebe-se que a fase de postulação não é momento adequado para a aplicação da teoria de dinamização do ônus da prova.

Defendendo seu posicionamento, Couto (2014, p. 164-165) informa que:

Quem defender que qualquer espécie de modificação do ônus da prova, mesmo que com autorização do legislador, possa ser realizada em momento diverso ao do ato sentencial não pode, em efeito, sustentar, dentro dos rigores técnico-jurídicos, que ônus da prova é regra de julgamento. E, por sua vez, quem assim argumentar, estará afirmando que o fenômeno do ônus da prova só tem uma face, a subjetiva.

[...]

Afinal, regra de julgamento é regra de julgamento, i.e., incide no momento do julgamento, com a finalidade de evitar um *non liquet*. Regra de conduta é regra de conduta, i.e., incide em momento anterior ao julgamento e visa meramente direcionar, de forma facultativa, a conduta processual das partes. Não é o descumprimento da regra de conduta que gera sanção, até porque a regra de conduta, isolando o fenômeno do ônus da prova, exprime somente uma faculdade (sem sanção). Necessário repetir: o descumprir esta norma não gera qualquer sanção. A sanção advém do fato da parte onerada não conseguir provar o alegado, de manter-se inerte e, em efeito, não convencer o juízo da veracidade de suas alegações, já no contexto integralizado do fenômeno do ônus da prova.

Percebe-se no relatado que não pode existir outro momento para aplicação da dinamização do ônus da prova, se não no ato sentencial, ou seja, na fase decisória, e se outro momento for terá em relação à regra do ônus da prova apenas aspecto subjetivo. Baseia-se para aplicação nesse sentido, o fato do ônus da prova constituir regra de julgamento.

Fazendo referência sobre o assunto, tem-se o exposto por Macêdo e Peixoto (2016, p. 191-192) quando asseveram que:

No que se refere à opinião doutrinária do momento processual como sendo a sentença, ela está pautada na premissa que o ônus da prova só possui dimensão objetiva, ou seja, é tão-somente regra de julgamento. Assim, afirma-se que somente após a valoração do conjunto probatório o magistrado seria capaz de analisar ou não das regras de distribuição do ônus da prova e esse momento ocorreria apenas na sentença.

Desta maneira, percebe-se que, se considerado apenas como momento para aplicação da teoria a fase decisória, tem-se, também, apenas o aspecto objetivo em relação à regra do ônus da prova, não existindo o aspecto subjetivo.

Contra-pondo-se, ao entendimento que o momento processual para aplicação da teoria é a fase decisória, Macêdo e Peixoto (2016, p. 192-193) relatam que:

Acerca dessa corrente, podem ser feitas algumas ponderações à luz da doutrina tradicional. Inicialmente, ocorre que o viés subjetivo da carga probatória é complementar e essencial à regra de julgamento, sem o qual a atividade judicial prescindirá do contraditório, o que, notoriamente, viola a garantia constitucional do devido processo legal.

Além disso, a atuação do ônus subjetivo faz o procedimento legítimo eis que, no Estado constitucional a legitimação do processo é nomeadamente imanente à participação. [...] Haveria, com a adoção dessa posição, a violação do princípio da cooperação, especificamente do dever de consulta dele decorrente, que impede a prolação de decisões surpresa, quando há utilização de ponto de direito ou de fato não discutido pelas partes. [...] O procedimento é a espinha dorsal do processo e, admitindo-se a sua adaptação, às partes deve ser garantida a previsibilidade das suas atuações.

Diante do exposto, observa-se que se a fase processual mais adequada para aplicação da teoria é a fase decisória, pois se assim não o fosse haveria uma ruptura com os princípios e garantias constitucionais, tendo em vista, o desprezo ao aspecto subjetivo, que tem caráter complementar a regra de julgamento. No caso de não ser respeitado o aspecto subjetivo causaria prejuízo à parte onerada, pois a dinamização ainda não era previsível.

Por conseguinte, as fases do processo, Macêdo e Peixoto (2016, p. 194) instruem que:

O momento processual adequado, para essa corrente, é o na decisão de saneamento e organização do processo, aliás, o texto do art. 357, III, do CPC/2015, consagra esse posicionamento, ao dispor que o magistrado, nessa ocasião, deverá “definir a distribuição do ônus da prova”.

Nesse sentido, tem-se que o momento adequado para a utilização da teoria da dinamização do ônus da prova é a decisão de saneamento e organização do processo conforme expresso na legislação processual civil.

Ainda sobre o momento de dinamização do ônus da prova, Macêdo e Peixoto (2016, p. 195) ensinam que:

[...] O que importa – e que restou consignado no texto normativo do art. 373 – é que a regra é também de procedimento e não exclusivamente de julgamento, impedindo decisões surpresas, em que a parte é “informada” da distribuição apenas na sentença que lhe aplica, julgando a demanda em seu desfavor.

Portanto, configurou-se que o momento processual propício para a aplicação da dinamização do ônus da prova deve-se tanto na fase de decisão de saneamento e organização do processo, quanto na fase decisória.

Observa-se ainda que não exista problema na utilização da teoria dinâmica do ônus da prova em fase recursal.

Em consequência do exposto, Couto (2014, p. 166) estabelece que:

A teoria da dinamização do ônus da prova pode ser aplicada integralmente pelo juízo *ad quem*, desde que o órgão julgador recursal, monocrático ou colegiado, diferentemente do juízo *a quo*, vislumbre a presença de um dos requisitos exigidos para a aplicação da teoria e observe os respectivos limites para sua aplicação.

Assim, não há qualquer óbice para o acolhimento da teoria, pelo juízo *ad quem*, *ex officio*, por se tratar de matéria de ordem pública. Também não há óbice teórico para o acolhimento da teoria quando a provocação advém da parte recorrente, ao apresentar como fundamento de seu recurso a existência de efetivo prejuízo em virtude da não aplicação, ou vice-versa, pelo juízo *a quo*, da teoria da dinamização do ônus da prova.

Desta maneira, considera-se também momento para aplicação da dinamização do ônus da prova a fase recursal.

Diante do exposto, pode-se afirmar que, em conformidade com o entendimento de Macêdo e Peixoto (2016, p. 195) se torna “independente do momento ou fase processual em que a técnica seja empregada, o que importa é que o juiz mantenha incólume a garantia constitucional do contraditório, permitindo à parte onerada o exercício do direito à prova”. Portanto, o importante é respeitar as garantias constitucionais, em especial, os princípios do contraditório e da ampla defesa, independente do momento a ser aplicada a teoria.

2.2.2.4 Limites na aplicação da dinamização pelo estado-juiz

Percebe-se no Código de Processo Civil em seu art. 139, *caput*, o juiz possui a competência para dirigir o processo, seguindo as determinações daquele. Dentre as incumbências dadas ao juiz, tem-se a do art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, que assim dispõe “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada”. Logo, deve-se ater para a figura do juiz, no qual poderá se valer da teoria da dinamização do ônus da prova para assim, forma seu convencimento e prolatar a sentença.

Destaca-se que, os requisitos anteriormente apresentados para a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, servem para limitar a atividade do magistrado, por conseguinte, coíbem o livre arbítrio, ou o simples desejo do magistrado. Assim, entende-se que a limitação legal para uso da teoria ora apresentada, também se configura como requisito para a sua aplicação.

Os limites da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova referem-se diretamente ao exercício das funções do magistrado, pois dentre estas, o

magistrado deverá identificar e determinar quais os requisitos presentes para a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova. Isto posto, percebe-se que os limites na aplicação da dinamização pelo magistrado se posicionam contrariamente aos requisitos da aplicação da teoria.

Neste sentido, Couto (2014, p. 182) chama a atenção para:

Além dos limites que se contrapõem diretamente aos respectivos requisitos de aplicabilidade, como as faces do binômio legal-ilegal, proibido-permitido, justo-injusto, outro limite à aplicação da teoria da dinamização se evidencia: a existência da denominada *probatio diabolica reversa*.

Identifica-se então a existência da *prova diabólica reversa* como sendo um limite à aplicação da teoria pelo magistrado. Intuitivamente, poderia haver a impressão que a prova diabólica reversa derivaria da prova diabólica.

Nesse diapasão, Couto (2014, p. 182) afirma que:

A prova diabólica reversa deriva, na maioria das vezes, da prova diabólica. Entretanto, adverte-se que nem toda prova diabólica para uma parte consistirá em prova diabólica reversa para a outra parte. Quando isso ocorrer, a característica acima estará presente, pois se a prova diabólica é um requisito para aplicação da teoria, a prova diabólica inversa é um impedimento, um limite a sua aplicação.

[...]

A prova diabólica reversa pode ainda derivar de qualquer outro tipo de requisito que permite a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, desde que para a outra parte seja absolutamente impossível a sua produção.

Fica caracterizado, assim, que a prova diabólica reversa nem sempre deriva da prova diabólica, uma vez que, nem sempre a configuração da prova diabólica para uma parte, restará configurada prova diabólica reversa para a outra. Por isso, deve-se afirmar que a prova diabólica reversa consiste em um limite da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova.

Quanto aos limites a aplicação da dinamização pelo juiz, deverá sempre o magistrado proceder com atenção ao disposto por Couto (2014, p. 182) ao relatar que:

Quando o magistrado, diante do caso concreto, analisar se o requisito da maior facilidade da prova está presente para a parte não onerada, deverá ainda fazer outra análise de igual relevância. Deverá, obrigatoriamente, verificar se a aplicação da dinamização do ônus da prova, não causará à parte doravante onerada com a produção da prova e as consequências pela

respectiva inércia ou insuficiência probatória, um obstáculo invencível, intransponível.

Portanto, o magistrado deverá sempre observar caso a caso, analisando tanto a situação para obtenção e produção de prova para uma parte quanto para a parte adversa, importando não configurar para ambas as partes a impossibilidade ou desigualdade para apresentação das provas.

2.2.2.5 Poder-dever

Tem sua devida importância no contexto da teoria dinâmica do ônus da prova a atividade do magistrado. Tal atividade pode ser entendida como uma faculdade ou poder-dever. A previsão legal encontra-se no art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, que informa “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. Reside no termo *poderá* a dúvida. Percebe-se que o legislador na utilização do termo não tinha a intenção de impor que o juiz o fizesse, tampouco, que a ele seria facultado. Assim, parece que na intenção do legislador figura um dever.

Explanando sobre o assunto, Couto (2014, p. 184) aduz que:

Ao aplicar a dinamização do ônus da prova, após verificar a presença de ao menos um dos requisitos de aplicabilidade da teoria no caso concreto, o magistrado não o faz por livre arbítrio, mas por uma imposição e observância aos ditames constitucionais e sistemáticos. Insustentável, assim, a afirmativa de que o magistrado, em tais hipóteses, agiria movido pela mera discricionariedade.

Como foi visto anteriormente, o magistrado somente poderá aplicar a teoria da dinamização do ônus da prova diante da presença de ao menos um dos requisitos objetivos.

Assim, entende-se que a atividade do magistrado é considerada um poder-dever, tendo base nas garantias e direitos fundamentais.

2.2.2.6 Consequências da aplicação da dinamização no ordenamento jurídico

Inicialmente, cabe ressaltar que quanto ao aspecto legal, a teoria da dinamização do ônus da prova não possui mais divergências, uma vez que foi amparada pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 como já exposto. Desta maneira, não se verifica repercussões quanto à legalidade para sua utilização no âmbito processual civil.

Dentre as vantagens da utilização da dinamização do ônus na prova, Couto (2014, p. 187) aponta que:

A teoria da dinamização do *onus probandi* corrobora o tradicional entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da dicotomia relativa ao ônus da prova objetivo e subjetivo, no sentido de reconhecer a maior relevância do primeiro na estrutura do fenômeno. Quanto a esse particular, na essência, a dinamização em nada altera os contornos teóricos dessa classificação: o ônus objetivo continua sendo regra de julgamento e o ônus subjetivo continua sendo regra de procedimento das partes. Tem ainda a virtude de esclarecer e delimitar com precisão, as funções teóricas e práticas relativas ao ônus da prova subjetivo no interior do fenômeno do ônus da prova.

Observa-se que a dinamização está de encontro com o entendimento da dupla dimensão do ônus da prova, ou seja, permite uma melhor aceção da distinção entre as regras objetivas e subjetivas levando-as ao encontro para desenvolvimento do ordenamento jurídico.

Percebe-se ainda, que se poderá efetivar uma mudança no raciocínio naquelas pessoas que buscam o uso do processo. Essa mudança, passa pelo intento da propositura da ação com fundamentos em obtenção de direitos, não mais só por ingressar com a ação e deixar o magistrado decidir o direito. Assim, evita-se ainda que pelo cunho abstrato do ônus da prova, exista a facilidade de manobras fraudulentas, que estão intrínsecamente ligadas à má-fé processual. Como já exaustivamente exposto, a possibilidade da obtenção e produção da prova pela dinamização frente às desigualdades entre as partes.

Destaca-se ainda, que a teoria dinâmica do ônus da prova pode colaborar com efetividade na busca da descoberta da verdade, por conseguinte, pode-se evitar ainda, um maior número de incidentes processuais, o que vai de encontro com a nova forma de pensar sobre o processo, evitando-se assim, processos que se arrastam exageradamente no tempo, infringindo o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas.

Nesse sentido, Couto (2014, p. 190) afirma que: “Em síntese, a teoria da dinamização dos ônus probatórios apresenta-se ainda como um eficiente instrumento processual, que potencializa e instrumentaliza a efetividade da tutela dos direitos materiais”.

Portanto, verifica-se que a possibilidade da utilização da teoria da dinamização do ônus da prova possui implicações positivas para o sistema jurídico.

3 APLICABILIDADE DA DINAMIZAÇÃO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

A aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova depende de fundamentos nos quais alicerçam e simultaneamente, servem para justificar a sua criação ao tempo em que promovem sua evolução. Tais fundamentos amparam-na de determinado modo que efetivam a sua aplicação prática.

Desta maneira, faz-se de inteira e crucial importância fazer a análise dos fundamentos, e, por conseguinte das justificativas da aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova. Importa ainda, salientar que alguns fundamentos já estavam sendo expostos por estarem ligados intrinsecamente, com os assuntos anteriormente apresentados neste trabalho.

Necessário faz-se verificar a iminente aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, mesmo que já positivada, em face dos direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito do Direito Processual Civil. Essa averiguação tem o intuito de permitir a aplicação técnica-legal da teoria sem que viole os direitos fundamentais do processo.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

Para alcançar um entendimento mais preciso acerca da aplicabilidade da teoria ora comentada, necessário faz-se compreender o que são direitos fundamentais.

Tratando dos direitos fundamentais, Masson (2016, p. 190) entende que:

Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem - em um primeiro plano, denominado jurídico objetivo - normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico-individual, mas também porque - num segundo momento, em um plano jurídico subjetivo - implicam o poder de exercitar positivamente certos direitos (liberdade positiva) bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Observa-se que os direitos fundamentais apresentam-se como direitos dos cidadãos, ou seja, os direitos inerentes a cada indivíduo, podendo-se assim, extrair um caráter que se denota numa perspectiva de normas declaratórias.

Neste sentido, Masson (2016, p. 197) ensina que:

A doutrina brasileira, afinada com a tradição europeia, classifica os direitos fundamentais a partir de dupla perspectiva, uma subjetiva e outra objetiva, significando que referidos direitos são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a prerrogativa de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Por outro lado, em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Verifica-se assim, duas perspectivas, uma objetiva e outra subjetiva.

Para Didier Jr. (2015, p. 54) não são perspectivas e sim dimensões, conforme assevera que:

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: a) subjetiva: de um lado, são direitos subjetivos, que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares; b) objetiva: traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação/aplicação de todo ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos. Trata-se de encarar o direito fundamental como norma jurídica (dimensão objetiva) ou como situação jurídica ativa (dimensão subjetiva).

Logo, os direitos fundamentais apresentam duas perspectivas ou dimensões, em nada divergem, sendo uma objetiva e uma subjetiva. Porém, salienta-se que vigoram sobre o mesmo prisma, ou seja, eles não se dissociam. Relacionam-se de tal maneira que um ampara o outro, uma vez que, na perspectiva objetiva alicerçam o ordenamento jurídico e no subjetivo concedem aos indivíduos o direito de reclamar seus interesses.

Entendidos os conceitos anteriores, necessário se faz compreender o que são direitos fundamentais processuais. Por um ângulo mais terminológico, seriam os direitos fundamentais presentes no processo.

Não se pode afirmar que os direitos fundamentais processuais são apenas aqueles previstos na Constituição.

Neste sentido, Carpes (2015, p. 144) esclarece que:

[...] a singela constatação de que o processo constitui ferramenta indispensável para a tutela dos direitos já bastaria para evidenciar sua vinculação com a tutela da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, evidenciar sua natureza de autêntico direito fundamental.

Portanto, percebe-se que os direitos fundamentais processuais não se restringem ao texto constitucional ou apenas ao texto da legislação processual, mas sim, tais direitos encontram amparo em ambos dispositivos.

Sobre os direitos fundamentais, faz-se importante destacar o disposto por Carpes, (2015, p. 145) que aduz:

Tais direitos fundamentais processuais, observados na perspectiva de sua dimensão objetiva, ilustram verdadeiros princípios e, por conseguinte, expressão normas que estabelecem um dever-ser ideal, ou seja, servem à promoção de um fim (estado ideal) a ser atingido.

Logo, entendem-se os direitos fundamentais processuais como princípios.

Nesse sentido, Didier Jr. (2015, p. 61) ensina que “A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis”. Conclui-se que, os direitos fundamentais processuais equivalem-se aos princípios, que por sua vez, são normas fundamentais que estabelecem a estrutura do ordenamento jurídico que objetivam a promoção do dever-ser ideal.

Diante do exposto, tratar-se-á os direitos fundamentais processuais, a partir deste ponto, como princípios, bem como, a sua contextualização será realizada individualmente a fim de possibilitar a análise e aplicabilidade da teoria de dinamização do ônus da prova.

3.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal está previsto no texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LIV, disciplinando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ora, em se tratando de prova, que além de outras atribuições, tem como principal, a busca da verdade real referente aos fatos que se funda o pedido ou mesmo, a defesa, objetivando a convicção do juiz em seu favor. Assim, a prova serve como instrumento para efetivação do princípio.

Entendendo a importância do princípio do devido processo legal, Neves (2013, p. 62) ensina que este:

[...] funciona como um supraprincípio, um princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. Além do aspecto

processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração Pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Verifica-se assim, o grau de importância que o princípio possui em relação ao Direito Processual Civil.

Nessa sintonia, sobre o princípio do devido processo legal, Didier Jr. (2015, p. 63) afirma que “confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo devido (justo, equitativo etc.)”. Assim, entende-se que o princípio não visa apenas proporcionar o direito ao processo, mas que este processo seja devido, ou seja, esteja aparado nos liames da justiça, com isenção, com imparcialidade, ou equânime.

A aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova, como anteriormente já informado, se ampara justamente no devido processo legal, em um processo justo.

Nesse sentido, Theodoro Junior (2016, p. 907-908) afirma que:

A redistribuição dinâmica do ônus da prova justifica-se como meio de equilibrar as forças das partes litigantes e possibilitar a cooperação entre elas e o juiz na formação da prestação jurisdicional justa. Se, no caso concreto, a observância da distribuição estática do art. 373 praticamente inviabilizaria a entrada nos autos de meios probatórios relevantes, por deficiência da parte que ordinariamente caberia produzi-los, o deslocamento se impõe, como medida de justiça e equidade. Com isso, ambas as partes assumem as mesmas possibilidades de convencer o julgador sobre a veracidade das alegações de fatos aduzidas, além de ser fomentada a solidariedade entre os sujeitos processuais, nos termos previstos no NCPC.

Percebe-se que a aplicação dinâmica do ônus da prova não agride o princípio do devido processo legal, mas sim, coaduna-se com ele, fazendo com que o princípio tenha verdadeira validade no ordenamento jurídico, à medida que proporcionam as partes, obter ou produzir as provas necessárias para o convencimento do magistrado.

Em defesa, Silveira (2015, p. 159) afirma que “a distribuição dinâmica do ônus da prova tem como fundamento maior o princípio constitucional fundamental do processo civil: o devido processo legal”.

Portanto, não se vislumbra impedimento algum da aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova em face do princípio do devido processo legal.

3.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Inicialmente, deve-se alertar para o fato que no princípio do contraditório e da ampla defesa, constituem, na verdade, dois princípios, assim, o princípio do contraditório e princípio da ampla defesa.

Essa advertência dá-se por ainda existir dúvidas referentes acerca de uma divisão, uma vez que ambos estão intrinsecamente ligados e disciplinados no mesmo dispositivo constitucional, no caso o art. 5º, inciso LV, que propõe “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”. Por tal motivo, Didier Jr. (2015, p. 85) entende que firmam um belo par.

Faz-se necessário o desdobramento de ambos os princípios para verificar se existe motivo para divisão atualmente.

Neste diapasão, Didier Jr. (2015, p. 85-86) instrui que:

Convém lembrar, ainda, que a ampla defesa é "direito fundamental de ambas as partes", consistindo no conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório.
Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental.
A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório.

Assim, verifica-se que a ampla defesa é direito fundamental das partes, tendo estas a possibilidade de providenciar os meios possíveis para se defender. Assim, tal caráter refere-se ao aspecto substancial do outro princípio analisado.

Isto posto, não se torna interessante analisar os princípios separadamente em face da aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova. Dessa maneira, ao tratar do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa, neste trabalho, ambos serão identificados apenas como princípio do contraditório.

O princípio do contraditório é amplamente discutido na doutrina, tem-se, pois que destacar a sua demasiada importância, uma vez que, o contraditório estrutura o procedimento, que é o processo conforme aduz Didier Jr. (2015, p. 78).

Desta maneira, percebe-se a importância do princípio do contraditório, e tamanha importância deve-se á sua composição.

Nessa perspectiva, Neves (2013, p. 64) entende que:

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação. [...] Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo. Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se também empregar a expressão “bilateralidade da audiência”, representativa da paridade de armas entre as partes que se contrapõem em juízo.

Evidencia-se então, a eficácia do princípio do contraditório, atribuindo assim, que as partes devem ser informadas das movimentações processuais, no intuito de poderem reagir à medida dos seus meios e suas possibilidades, garantindo assim, o seu direito de defesa. Entende semelhantemente, Didier Jr. (2015, p. 78) quando assevera que “o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação, ciência) e possibilidade de influência na decisão”.

Nessa temática, infere-se a aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova. Destaque-se que a não surpresa das partes sobre a dinamização do ônus perfaz um dos requisitos para a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, pois, se assim houver não poderá aplicar a teoria.

Quanto à parte não ser surpreendida no desenvolvimento procedimental, Neves (2013, p. 66) esclarece que:

Partindo-se do pressuposto de que durante todo o desenrolar procedimental as partes serão informadas dos atos processuais, podendo reagir para a defesa de seus direitos, parece lógica a conclusão de que a observância do contraditório é capaz de evitar a prolação de qualquer decisão que possa surpreendê-las. Em matérias que o juiz só possa conhecer mediante a alegação das partes, realmente parece não haver possibilidade de a decisão surpreender as partes.

Assim, o princípio do contraditório é respeitado, haja vista, também, o disposto no art. 373, § 1º, do Código Processo Civil, determinando que o magistrado, ao observar a necessidade da utilização da dinamização do ônus da prova, “caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Assim, respeitam-se as duas garantias, a participação, no momento em que a parte tiver ciência do ato praticado pelo magistrado, e a possibilidade de influência na decisão, uma vez que, é dado o direito a parte de se manifestar ou não, para a

produção da prova, podendo assim, influenciar ao seu favor, lembrando que a parte onerada não é obrigada a apresentar a prova, mas dependendo do caso concreto pode ser prejudicada.

Conclui-se que não figura impedimento algum a aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova em face do princípio contraditório e do princípio da ampla defesa.

3.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade relaciona-se diretamente com o princípio do devido processo legal, assim, Didier Jr. (2015, p. 86) afirma que: “Processo devido é processo público”.

Identifica-se no texto constitucional no art. 5º, inciso LX, que dispõe “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Desta maneira, os atos processuais devem ser sempre públicos, ressalvados os casos excepcionais que assim, se exigirem.

Neste sentido, Didier Jr. (2015, p. 86) dispõe que:

Os atos processuais não de ser públicos. O princípio da publicidade gera o direito fundamental à publicidade. Trata-se de direito fundamental que tem, basicamente, duas funções: a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos (e, nesse sentido, é conteúdo do devido processo legal, como instrumento a favor da imparcialidade e independência do órgão jurisdicional); b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional.

Percebe-se que o princípio possui dupla função, uma no sentido de proteção das partes e a outra no sentido de controle do exercício do desempenho do órgão jurisdicional.

Nota-se que deriva da publicidade processual e suas duas funções, dupla dimensão, sendo uma interna e uma externa. A dimensão interna relaciona-se com a publicidade para as partes e a externa refere-se à publicidade para terceiros, na qual pode ser restringida assim, ensina Didier Jr. (2015, p. 86).

Nesse diapasão, encontra-se o fundamento para a possibilidade da aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova.

Conforme o entendimento de Neves (2013, p. 74), que ensina:

Segundo a melhor doutrina, a publicidade dos atos processuais é a forma mais eficaz de controle do comportamento no processo do juiz, dos advogados, do promotor, e até mesmo das partes. Ao admitir a publicidade dos atos, facultando a presença de qualquer um do povo numa audiência, o acesso aos autos do processo a qualquer pessoa que, por qualquer razão queria conhecer seu teor, bem como a leitura do diário oficial (em alguns casos até o acesso à internet), garante-se a aplicação do princípio.

Desta maneira, verifica-se a aplicabilidade da teoria, pois o procedimento de dinamização é feito por meio de ato processual, assim, o magistrado através de decisão fundamentada deverá averiguar a possibilidade da aplicação da teoria. Percebe-se que existe um controle, o magistrado só poderá dinamizar o ônus da prova, caso o faça por decisão fundamentada, dando conhecimento às partes de seu ato.

Constata-se que, não se estampa nenhum impedimento à aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova em relação ao princípio da publicidade.

3.5 PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O princípio da duração razoável do processo enquadra-se dentro daqueles que possuem uma relação estreita com o princípio do devido processo legal. Desta maneira, Didier Jr. (2015, p. 95) aduz que: “Processo devido é, pois, processo com duração razoável”.

No texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LXXVIII, trata do princípio da duração razoável do processo, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Entende-se que o processo não pode ser *ad infinitum*, tal procedimento não pode perpetrar pelo tempo, necessita que tenha um fim.

Assevera-se que o jurisdicionado possui o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas. Assim, entraves à aplicabilidade desse princípio pode ser verificado na prática das demandas judiciais. Nesse sentido, Neves (2013, p. 79) aduz que:

É notório que o processo brasileiro – e nisso ele está acompanhado de vários outros países ricos e pobres – demora muito, o que não só sacrifica o direito das partes, como enfraquece politicamente o Estado. Há tentativas constantes de modificação legislativa infraconstitucional, como se pode notar por todas as reformas por que passou nosso Código de Processo

Civil, que em sua maioria foram feitas com o ideal de prestigiar a celeridade processual. O próprio art. 5.º, LXXVIII, da CF aponta que a razoável duração do processo será obtida com os meios que admitam a celeridade de sua tramitação.

Percebe-se a necessidade de efetivar um processo que possua duração razoável. Observa-se que o processo não pode demorar, tampouco pode ser rápido o bastante para que não alcance sua finalidade.

Identifica-se ainda, no texto constitucional, o termo *celeridade de sua tramitação*, que tem por referência o processo. Nota-se que a celeridade processual, insurge no mesmo sentido de duração razoável, mas apresentam-se como institutos diversos.

Isto posto, Neves (2013, p. 79-80) indica que:

Deve ser lembrado que a celeridade nem sempre é possível, como também nem sempre é saudável para a qualidade da prestação jurisdicional. Não se deve confundir duração razoável do processo com celeridade do procedimento. O legislador não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente a obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas. É natural que a excessiva demora gere um sentimento de frustração em todos os que trabalham com o processo civil, fazendo com que o valor celeridade tenha atualmente posição de destaque. Essa preocupação com a demora excessiva do processo é excelente, desde que se note que, a depender do caso concreto, a celeridade prejudicará direitos fundamentais das partes, bem como poderá sacrificar a qualidade do resultado da prestação jurisdicional. Demandas mais complexas exigem mais atividades dos advogados, mais estudo dos juízes e, bem por isso, tendem naturalmente a ser mais demoradas, sem que com isso se possa imaginar ofensa ao princípio constitucional ora analisado.

Assim, na mesma esteira da razoável duração do processo, liga-se a celeridade processual. Desta maneira, Didier Jr. (2015, p. 96) ensina que “não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.

Destarte, pode-se afirmar que, a duração razoável e a celeridade processual devem-se ater a finalidade do processo. Não é um desrespeito ao princípio, ele deve ser seguido, mas não pode ser feito sem a observação de outros pressupostos, pois desta forma não alcançará seu objetivo.

Diante do exposto, deve-se analisar se a aplicabilidade da teoria da dinamização interfere no princípio da duração razoável do processo.

Nota-se que não haverá prejuízo ao princípio, uma vez que, a dinamização do ônus da prova, poderá e servirá para solução do litígio, o que a teoria busca é um processo justo, equânime, proporcionando as partes o convencimento do magistrado.

Numa perspectiva imediata, pode-se apontar o surgimento, durante o procedimento, de novos atos processuais devido ao uso da teoria. Percebe-se uma visão imediatista, uma vez que a utilização da dinamização serve como anteriormente exposto, no sentido da busca pela verdade real, para que o magistrado construa elementos para sua decisão e esta não se revista de obscuridade.

Conclui-se que, não se percebe nenhum impedimento à aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova em face ao princípio da duração razoável do processo.

3.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE (PROCESSUAL)

O princípio da igualdade ou isonomia tem previsão legal no texto constitucional, no art. 5º, caput, que dispõe: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Nesse sentido, o art. 139, inciso I, do Código de Processo Civil, disciplina que como incumbência do juiz, deverá “assegurar às partes igualdade de tratamento”. Assim, verifica-se a presença do princípio da igualdade processual.

Tratando do princípio da igualdade processual, Neves (2013, p. 72) informa que:

[...] A isonomia no tratamento processual das partes é forma, inclusive, do juiz demonstrar a sua imparcialidade, porque demonstra que não há favorecimento em favor de qualquer uma delas. O prazo para as contrarrazões nos recursos é sempre igual ao prazo dos recursos; ambas as partes têm direito a todos os meios de provas e serão intimadas para participar da audiência, na qual poderão igualmente participar, etc.

Possibilita-se o entendimento que o procedimento não possui distinção para as partes, além de existir o tratamento similar às partes pelo magistrado, verifica-se ainda, a imparcialidade do julgador.

Quanto ao princípio da igualdade deve-se atentar para seus aspectos. Uma vez que, seu aspecto formal reduz em si próprio os direitos e as garantias fundamentais.

Por tal motivo, Neves (2013, p. 72) destaca que:

O princípio da isonomia, entretanto, não pode se esgotar num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente que estará garantida a igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais. É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida dessa desigualdade. O objetivo primordial na isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite do possível, no mesmo patamar.

Assim, entende-se que a isonomia não paira apenas no aspecto objetivo, mas também no subjetivo, onde se deve verificar se as partes estão realmente em pé de igualdade, observando as diferenças existentes entre os litigantes. Desta maneira Didier Jr. (2015, p. 98) entende que “por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualar as partes”.

Isto posto, necessário se faz a análise da aplicabilidade da teoria da dinamização em face no princípio da igualdade.

Nesse diapasão, tratando da dinamização do ônus da prova, Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 123) consideram que “a técnica é consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação”. Observa-se a relação existente entre a teoria com os princípios da igualdade e da adequação.

Assim, também é o entendimento de Macêdo e Peixoto (2016, p. 142) quando aduzem que “a técnica da dinamização é possibilitada por regra jurídica que concretiza o princípio da igualdade processual”.

Percebe-se, pois a estreita ligação da teoria com o princípio da igualdade processual.

Coadunando com tal pensamento, Couto (2014, p. 202) dispõe que:

Em outras palavras, a teoria da dinamização impõe-se ser aplicada quando, diante do caso concreto, o juiz se deparar com uma efetiva violação ao princípio constitucional da igualdade das partes ou da isonomia, denominado em âmbito processual civil como princípio da paridade de armas - *parità nelle armi*.

Portanto, constata-se que não se verifica impedimento à aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova em face ao princípio da igualdade processual. Na realidade tal teoria possibilita a efetivação do princípio da igualdade processual, por meio que dinamiza uma situação que para uma parte possa ser impossível ou possua excessiva dificuldade de cumprir e para outra não, ou ainda, que haja maior facilidade de obtenção da prova pela parte contrária.

3.7 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA (PROCESSUAL)

O princípio da eficiência também possui relação direta com o princípio do devido processo legal. Assim, Didier Jr. (2015, p. 98) afirma que: “O processo, para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência, aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal”.

No texto constitucional encontra-se a previsão legal para esse princípio no art. 37, caput, que dispõe “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Nota-se que se trata de um princípio voltado para a administração, ou uma norma de direito administrativo. Pode surgir a errônea percepção de que tal princípio não figura entre os de direito processual.

Neste aspecto, o princípio da eficiência além de possuir um estrito vínculo com o princípio do devido processo legal, possui ainda, estreita ligação com o princípio da dignidade humana, pois conforme o art. 8º, do Código de Processo Civil, o magistrado na aplicação do ordenamento jurídico “atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando [...] a eficiência”. Percebe-se então, a existência do princípio da eficiência processual.

Pode-se identificar que o princípio da eficiência quando delimitado ao Poder Judiciário apresenta dupla dimensão, quais sejam: a administração do próprio Poder Judiciário e a gestão dos processos sob a perspectiva procedimental, assim, ensina Didier Jr. (2015, p. 99). Não se faz interessante tratar da dimensão administrativa judicial.

Na outra dimensão, têm-se a gestão de um determinado processo, no qual, segundo Didier Jr. (2015, p. 100) “o princípio da eficiência, aplicado ao processo

jurisdicional, impõe a condução eficiente de um determinado processo pelo órgão jurisdicional”. Assim, o princípio da eficiência processual relaciona-se com a eficiência na condução do processo.

Neste sentido, Didier Jr. (2015, p. 102) afirma que:

Eficiente é a atuação que promove os fins do processo de modo satisfatório em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos. Ou seja, na escolha dos meios a serem empregados para a obtenção dos fins, o órgão jurisdicional deve escolher meios que os promovam de modo minimamente intenso (quantidade - não se pode escolher um meio que promova resultados insignificantes) e certo (probabilidade - não se pode escolher um meio de resultado duvidoso), não sendo lícita a escolha do pior dos meios para isso (qualidade - não se pode escolher um meio que produza muitos efeitos negativos paralelamente ao resultado buscado).

Desta forma, a eficiência na condução do processo deve satisfazer o procedimento, na medida em que promova suas finalidades e que alcance as acepções quantitativas, qualitativas e probabilísticas, através dos meios possíveis.

Nessa seara, percebe-se a aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova, uma vez que, a dinamização possibilitará a eficiência nos contornos processuais. Na acepção quantitativa, promoverá resultados significantes à medida que poderá ser utilizado em qualquer processo, desde que respeite os requisitos de aplicabilidade. No aspecto qualitativo, verifica-se a possibilidade da busca pela verdade real, um melhor convencimento do magistrado a respeito da lide, logo, produzirá efeitos positivos. No aspecto probabilístico, verifica-se a busca para que não exista dúvida em face do resultado, ou seja, a prolação da sentença.

3.8 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ (PROCESSUAL)

O princípio da boa-fé possui estreita relação com o princípio do devido processo legal. Porém, muitos são os entendimentos sobre os fundamentos constitucionais do princípio da boa-fé. Entretanto, todos se direcionam no mesmo sentido, pois existe fundamento constitucional para o princípio da boa-fé.

Nota-se que o mais aceito é o do princípio do devido processo legal, assim, Didier Jr. (2015, p. 108) instrui que “o Supremo Tribunal Federal segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé”.

Desta maneira, superada a questão do fundamento constitucional, tem-se que o princípio da boa-fé também é tratado na legislação processual, em destaque tem-se, art. 5º, do Código de Processo Civil, que dispõe “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Verifica-se, portanto, a existência do princípio da boa-fé processual.

A necessidade de tal princípio elucida-se com o exposto por Neves (2013, p. 82) que esclarece:

Negar a característica de um jogo ao processo é fechar os olhos a uma realidade bem evidente, vista diariamente na praxe forense. O processo, ao colocar frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos – ao menos na jurisdição contenciosa – e no mais das vezes com ânimos exaltados, invariavelmente não se transforma em busca pacífica e cooperativa na busca da verdade e, por consequência, da justiça, que fatalmente interessa a um dos litigantes, mas não ao outro.

Percebe-se que, na prática processual identifica-se o caráter de disputa entre as partes, buscando cada uma o seu objetivo, ou seja, sagrar-se vencedora da lide. Neste sentido é a atuação do princípio da boa-fé processual, as partes podem, e sim, devem fazer o necessário para conseguir seus objetivos, desde que não se utilizam de práticas ilícitas abusivas. Deste modo, a boa-fé processual visa um comportamento das partes, tendo estes que atuarem com integridade, probidade, virtuosidade.

Para Didier Jr. (2015, p. 112) “o princípio da boa-fé impõe deveres de cooperação entre os sujeitos do processo”.

A aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova infere-se justamente na questão comportamental da parte, impedindo uma possível desigualdade, já que uma das partes pode possuir informações privilegiadas e, por conseguinte poderá ainda manejar as provas de maneira arbitrária. Percebe-se que o princípio da boa-fé processual atua concomitantemente, com a dinamização, pois assim, a parte possuidora de alguma prova que seja, impossível ou de difícil acesso para a outra, deverá agir probamente.

Portanto, conclui-se que não se verifica impedimento à aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova em face ao princípio da boa-fé processual.

3.9 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação decorre do modelo de processo cooperativo. Este, assim como outros modelos de direito processual, considera-se em conformidade com o princípio do devido processo legal. Conforme, Didier Jr. (2015, p. 124-125) “os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação”.

Desta maneira, percebe-se que tal princípio opera na técnica do procedimento, estruturando assim, o Direito brasileiro.

Previsto no art. 6º do Código de Processo Civil, disciplina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Logo, verifica-se que a condução do processo se pauta na cooperatividade entre as partes. Identifica-se ainda, que nesse modelo o juiz passa a figurar como espécie de *parte*.

Neste sentido, Neves (2013, p. 81) informa que:

[...] O objetivo do princípio é exigir do juiz uma participação mais efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. O juiz passa a ser um integrante do debate que se estabelece na demanda, prestigiando esse debate entre todos, com a ideia central de que, quanto mais cooperação houver entre os sujeitos processuais, a qualidade da prestação jurisdicional será melhor.

Desta forma, o magistrado não conduz sozinho o processo, a condução processual é mútua, à medida que o resultado depende da atuação conjunta de todos aqueles que integram o processo. Ressalta-se, que o juiz não deixa de exercer sua função primordial, ou seja, julgar.

A aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova em respeito ao princípio da cooperação verifica-se, pois, que a teoria serve como mecanismo de proteção do próprio princípio, uma vez que, no caso em que exista algum tipo de excesso e cause alguma lesão no direito de uma das partes, como no caso, que houver impossibilidade de provar ou mesmo que seja difícil a sua produção, deverá ser aplicada a dinamização.

Deduz-se então, que não existe impedimento à aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova devido ao princípio da cooperação.

3.10 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

O princípio da adequação assim como vários outros, se ampara na relação com o princípio do devido processo legal. Assim, Didier Jr. (2015, p. 114-115) admite que “processo devido é processo adequado”. Salienta-se que a adequação do processo, derivada do princípio, não modificará o procedimento de forma que haja desrespeito à legislação. Longe disso, a adequação busca viabilizar de forma que o procedimento se adapte ao caso concreto, sem que haja desrespeito à legislação. A adequação por vezes já está na própria legislação.

O princípio da adequação apresenta determinadas particularidades, entre elas, tripla dimensão, sendo uma legislativa, uma jurisdicional e uma negocial conforme aduz Didier Jr. (2015, p. 114). Assim, para o desenvolvimento do princípio sob o enfoque da teoria, apenas observar-se-á a dimensão jurisdicional, que tem por característica o consentimento ao magistrado de forma que este possa adequar o procedimento às particularidades no caso concreto.

Pode-se notar que o princípio da adequação está previsto em diversos dispositivos legais, aponta-se o disposto no art. 139, inciso VI, do Código de Processo Civil, que trata da forma como o magistrado deve conduzir o processo, podendo “dilatir os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

Neste sentido, Didier Jr. (2015, p. 115) assevera que “o processo há de ser adequado aos sujeitos processuais. As regras processuais hão, pois, de serem adequadas àqueles que vão participar do processo”. Verifica-se que a adequação do processo faz-se para as partes processuais, sendo realizada pelo magistrado da causa.

Assim, tratando da observação que a adequação seja feita caso a caso e pelo juiz, Didier Jr. (2015, p. 117) ensina que:

É preciso que o processo seja adequado também *in concreto*. A adequação, nesse caso, é dever do órgão jurisdicional, que deve observar os mesmos critérios de adequação. Eis que aparece o princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo,

pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.

Percebe-se que a adequação já vem sendo semeada desde a formação da legislação pelo legislador, e desta maneira o órgão jurisdicional, por apresentar competência e capacidade, além de estar atrelada à sua função, deve abstrair para realizar mediante a observação do caso concreto, a melhor forma de dar continuidade ao procedimento.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o princípio da adequação está presente no disposto do art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, que disciplina a possibilidade do “juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. Verifica-se que tal dispositivo trata da dinamização do ônus da prova.

Desta forma, constata-se que a teoria da dinamização do ônus da prova tem por fundamento o princípio da adequação, verificando-se como exemplo claro do princípio.

Sobre a aplicação da adequação, Didier Jr. (2015, p. 119) alerta que:

A adequação jurisdicional do processo deve ser precedida de uma intimação às partes, para preservar o contraditório e respeitar o modelo cooperativo de processo. As partes não podem ser surpreendidas com mudanças do procedimento, sem que se lhes dê a chance de se adaptarem a elas, alterando, se for o caso, as suas estratégias processuais.

Identifica-se a aplicação da adequação com a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, pois em ambas, o órgão jurisdicional deve informar as partes sobre atitudes tomadas referentes à prática dos atos processuais, evitando a surpresa das partes, como ora já explanado.

A semelhança entre as aplicações da teoria e do princípio reside justamente na fundação de ambos, e da relação já relatada.

Portanto, consuma-se que não existe impedimento à aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova devido ao princípio da adequação.

3.11 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O princípio da motivação das decisões judiciais está previsto no texto constitucional, em seu art. 93, inciso IX, disciplinando que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob

pena de nulidade”. Nota-se a necessidade da fundamentação das decisões, uma vez que se não sendo realizada, esta pode ser nula, desta forma a fundamentação da decisão tem caráter de validade para o procedimento judicial.

Observando o Código de Processo Civil, percebe-se que este transcreve o disposto pela Constituição, buscando uma reafirmação do texto maior. Tal transcrição está disciplinada no art. 11, do Código mencionado, que reproduz “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Percebe-se que o legislador não deixa margens a outro tipo de interpretação, que não seja a da motivação para decisões judiciais.

Neste sentido, Neves (2013, p. 71) assevera que:

Segundo o art. 93, IX, da CF, todas as decisões proferidas em processo judicial ou administrativo devem ser motivadas, sendo obrigatória aos julgadores a tarefa de exteriorização das razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas na decisão.

De certo, fica evidente a importância do princípio da motivação das decisões judiciais, para dar validade aos atos praticados pelo órgão jurisdicional.

Nessa seara, Neves (2013, p. 71) aponta as justificativas para a pertinência do princípio da motivação das decisões judiciais, assim, dispondo:

Tradicionalmente, a justificativa do princípio da motivação das decisões judiciais era voltada exclusivamente para os sujeitos processuais (justificativa endoprocessual). Num primeiro momento é voltada ao sucumbente, que sem conhecimento das razões da decisão não teria condições de elaborar o seu recurso, porque ninguém pode impugnar de forma específica uma decisão sem conhecer os seus fundamentos. Num segundo momento a fundamentação se mostra imprescindível para que o órgão jurisdicional competente para o julgamento do recurso possa analisar o do julgamento acerto ou equívoco impugnado. Ainda que esse aspecto mantenha a sua importância, continuando a justificar o princípio ora analisado, é importante apontar para o aspecto político desse princípio, que ganha relevância em tempos atuais.

Sob o ponto de vista político a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade.

Percebe-se que o princípio atrela-se ao resultado da lide, uma vez que, a parte vencida necessita dos fundamentos da decisão para poder recorrer. O órgão

jurisdicional superior necessita dos fundamentos para a análise do recurso e serve ainda como forma de fiscalização, pois através dessa decisão fundamentada pode-se observar se o julgador agiu de maneira correta, imparcial, com lisura.

Tratando-se da aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova em face do princípio da motivação das decisões judiciais, percebe-se que este também figura como fundamento para utilização da teoria.

Desta maneira, importa relatar o disposto no art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, dispõe que “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada”. Assim, observa-se que na aplicação da dinamização do ônus da prova o magistrado pode empreender a técnica, desde que sua decisão seja fundamentada.

Nesse diapasão, Fuga (2016, p. 24) aduz que:

O novo dispositivo legal traz, inclusive, a necessidade de haver decisão fundamentada (CF, art. 93, IX) para modificar o ônus da prova, fato este necessário e útil, pois da decisão proferida caberá Agravo de Instrumento, recurso mantido no CPC/2015 (art. 1015, inciso XI).

Portanto, a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova não implica em impedimentos em relação ao princípio da motivação das decisões judiciais.

3.12 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural se enquadra dentre aqueles que possuem estreita relação com o princípio do devido processo legal. Assim, Didier Jr. (2015, p. 182) explica que “uma das principais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal é a do direito fundamental ao juiz natural” e complementa que “juiz natural é o juiz devido”.

Existe uma pequena divergência, se este deriva apenas do art. 5.º, inciso LIII, da Constituição Federal, que aduz “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Percebe-se uma informação um pouco incompleta acerca do princípio.

Contraopondo-se à idéia dessa derivação única, Didier Jr. (2015, p. 182) dispõe que:

Trata-se de garantia fundamental não prevista expressamente, mas que resulta da conjugação de dois dispositivos constitucionais: o que proíbe juízo ou tribunal de exceção e o que determina que ninguém será processado senão pela autoridade competente (incisos XXXVII e LIII do art. 5º, da CF/88).

Percebe-se que tal afirmação complementa melhor o sentido do princípio do juiz natural.

Desta maneira, importa destacar o disposto por Neves (2013, p. 25-26) que ensina:

[...] O princípio pode ser entendido de duas formas distintas. A primeira delas diz respeito à impossibilidade de escolha do juiz para o julgamento de determinada demanda, escolha essa que deverá ser sempre aleatória em virtude de aplicação de regras gerais, abstratas e impessoais de competência. Essa proibição de escolha do juiz atinge a todos; as partes, os juízes, o Poder Judiciário etc.

[...]

Por outro lado, o princípio do juiz natural proíbe a criação de tribunais de exceção, conforme previsão expressa do art. 5º, XXXVII, da CF. Significa que não se poderá criar um juízo após o acontecimento de determinados fatos jurídicos com a exclusiva tarefa de julgá-los, sendo que à época em que tais fatos ocorreram já existia um órgão jurisdicional competente para o exercício de tal tarefa.

Verificam-se dois pontos importantes sobre o princípio do juiz natural diante do exposto, em primeiro observa-se a proibição do tribunal de exceção, que tem por função julgar, posteriormente, fatos que poderiam ter sido julgados por órgão jurisdicional que à época tinha competência, mas por causa de determinados motivos não os fez. O outro ponto refere-se à escolha do magistrado para análise da causa, sendo que está é impossível, ressalvando os casos previstos em lei. Assim, o art. 285, do Código de Processo Civil, dispõe que “a distribuição, que poderá ser eletrônica, será alternada e aleatória, obedecendo-se rigorosa igualdade”.

Desta maneira, não cabe à parte a escolha do magistrado que conduzirá o procedimento.

Não se figura qualquer impedimento à aplicabilidade da teoria da dinamização do ônus da prova em relação ao princípio do juiz natural, uma vez que o juiz não foi escolhido pelas partes, o processo foi, anteriormente, distribuído conforme as regras legais.

A dinamização aplicada pelo magistrado baseia-se justamente na verificação da existência dos requisitos para sua aplicação através de decisão fundamentada.

Observa-se que não foi escolha da parte a dinamização, e sim uma decisão motivada do magistrado.

CONCLUSÃO

No desenvolver do presente trabalho destinou-se demonstrar a possibilidade de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova em face dos direitos fundamentais do processo. Perfazendo essa análise tanto na óptica da efetividade, como também nas da coerência e quanto à sua justa aplicação pelo magistrado. Assim, observou-se que o emprego de tal teoria possibilita uma maior efetividade para o processo no sentido da construção das provas.

Na construção do entendimento acerca das considerações sobre a identificação do que é prova, observou-se a complexidade de tal tema, além de diversas divergências doutrinárias. Na busca por um conceito de prova, verificou-se que este é plurissignificante, ou seja, possui vários significados. Assim, uma conceituação única de tal instituto poderia privar de alguma maneira o seu sentido. Desta forma, verificou-se que para melhor entendimento o conceito deve ser estudado tanto de forma objetiva quanto de forma subjetiva.

Outros debates acerca dos elementos da prova, em face da variada perspectiva doutrinária foram realizados, como no caso da natureza jurídica da prova e da delimitação do objeto da prova no processo civil. Nota-se que os meios e as fontes de prova são inegavelmente importantes para a compreensão da prova. Desta maneira, as fontes de prova (são elementos externos do processo) possuem aptidão para provar, enquanto os meios de prova (são os elementos internos do processo) serviram para provar.

Como finalidade da prova, a ideia do convencimento do juiz parece a mais adequada. Desta forma, pode-se ainda afirmar que o destinatário da prova é o juiz. Observou-se que a classificação da prova dá-se de diversas maneiras conforme a doutrina, devendo-se ater a maneira que o doutrinador classifica para não deixar dúvidas acerca dos elementos.

Entende-se que o direito à prova é uma garantia fundamental. Verificou-se ainda, que as espécies de provas admitidas advindas do Código de Processo Civil dispostas a partir do seu artigo 384 ao artigo 484, não é rol taxativo. Desta forma, admitem-se outras espécies de prova, desde que estejam em consonância com a legislação processual e a legalidade.

No desenvolvimento do procedimento processual, após a realização da produção probatória pelas partes, o juiz deve efetuar a valoração das provas

produzidas. Assim, nota-se que o sistema da persuasão racional é o adotado pela legislação brasileira. No desenvolvimento do que é o ônus da prova observou-se que não é uma obrigação e está intrinsecamente ligada à atividade processual. Destarte, entende-se como encargo atribuído a parte para demonstração do que se alega nos fatos.

Observa-se que a teoria da dinamização inova no sentido da incumbência do ônus da prova, sendo um poder-dever a ser utilizado pelo julgador, alterando desta forma, o ônus quando a lei assim determinar ou ainda face às peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo. Salienta-se que o magistrado na aplicação da teoria deve ater para alguns pressupostos formais, além de que o faça por decisão motivada, possibilitando à parte onerada à oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Desta maneira, entende-se que sua aplicação visa um processo mais justo.

Constata-se a impossibilidade de determinar o ponto exato em que se iniciou a teoria, porém, esta figurava previamente nas doutrinas inglesa e alemã. Salienta-se que foi no direito argentino, por intermédio do jurista Jorge W. Peyrano, que tal teoria propagou-se e desenvolveu-se.

A teoria origina-se da *teoría de las cargas probatorias dinámicas*. Assim, a teoria argentina fornece o embasamento inicial para o desenvolvimento da teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Aponta-se os seguintes fundamentos para a teoria: a aplicação da justiça no caso concreto, o comportamento das partes perante o procedimento processual e a sensatez do magistrado na condução do processo.

Identifica-se dentre as características, um caráter não generalista, mas sim, possui caráter subsidiário, caráter excepcional. Desta forma, existe um reposicionamento das partes na relação processual, tendo o caso concreto como centro.

Percebe-se que com a introdução da teoria não descartou o critério geral, abstrato e prévio, mas sim, permaneceu codificado, dando sustentáculo a questão de segurança jurídica. Portanto, a utilização da teoria não modifica a autonomia conceitual de ônus da prova. Outra importante informação é que a dinamização do ônus da prova e a inversão do ônus da prova são atos jurídico-processuais distintos.

Nota-se que a teoria possui diversos requisitos para a sua aplicabilidade. Dentre estes a excessiva dificuldade ou a impossibilidade na produção de

determinada prova da parte e a facilidade e possibilidade na produção da prova pela outra parte. Verificou-se que tais requisitos apontam para o entendimento distinto, ou seja, ao falar de excessiva dificuldade para uma parte não quer dizer que para outra parte esta será fácil. No tocante a prova complexa, prova diabólica, averigua-se a possibilidade de serem consideradas como requisitos.

Fundamental para aplicação da teoria é o dever de informação à parte onerada pelo magistrado e no caso de não ser respeitado o ato deve ser nulo. Destaca-se o momento de aplicação da teoria, nota-se que não é cabível na fase de postulação, porém se aceita a aplicação nas demais fases do procedimento, podendo se assim for necessário, na fase recursal.

Ao examinar os limites na aplicação da dinamização pelo Estado-juiz verificou-se um poder-dever e que deve ser respeitado o disposto no art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, para não ocasionar prejuízos às partes. Desta maneira, os requisitos para aplicação da teoria também configuram como limites. Logo, conclui-se que possui implicações positivas para o sistema jurídico a possibilidade da utilização da teoria da dinamização do ônus da prova.

Quanto aos direitos fundamentais processuais optou-se por identificá-los como princípios para melhor compreensão. Na verificação da relação da aplicabilidade dos direitos fundamentais processuais e da teoria de dinamização do ônus da prova que foi realizada de forma individual dos princípios percebe-se que em nenhum existiu algum tipo de impedimento para a aplicabilidade da teoria, mas sim, alguns servem de fundamento para existência da própria teoria.

Portanto, conclui-se que é possível a utilização e a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova e que não implica em prejuízo aos direitos fundamentais do processo, mas sim, sob a óptica da efetividade, da coerência e a sua justa aplicação pelo magistrado torna-se um instrumento indispensável para obtenção da justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10 de ago. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 10 de ago. 2016.

CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie e outros (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª edição. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

COUTO, Camilo José D' Ávila. **Dinamização do ônus da prova no processo civil: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Volume 1. 17ª Edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Volume 2. 10ª Edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. 1ª edição. Birigui: Boreal Editora, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. coordenador Pedro Lenza. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. Coordenador Fredie Didier Jr. 2ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART Sérgio Cruz; MITIDIERO Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie e outros (coord.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório**. Vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume I. 57ª Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.