



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Efetividade do Processo Civil e o Ônus da Prova: poderes instrutórios do juiz e a
dinamização do encargo probatório

Felipe Gonçalves Rangel

Rio de Janeiro
2015

FELIPE GONÇALVES RANGEL

**A Efetividade do Processo Civil e o Ônus da Prova: poderes instrutórios do juiz e a
dinamização do encargo probatório**

Artigo Científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de
Pós Graduação *Lato Sensu* da
Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

A EFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL E O ÔNUS DA PROVA: PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DINAMIZAÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO

Felipe Gonçalves Rangel

Graduado em Direito pela Faculdade Mackenzie-Rio. Advogado. Pós-graduando em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O processo de conhecimento lida com uma crise de incerteza e, por isso, a atribuição do ônus da prova possui o efeito de orientar a atuação das partes e a decisão do juiz. Apesar de o Código de Processo Civil ter adotado a concepção estática sobre a distribuição do ônus da prova, há outros mecanismos que permitem a busca do equilíbrio na relação jurídico-processual. A essência desse trabalho é abordar tais mecanismos e analisar a forma como estes contribuem para a construção de uma decisão justa, o que faz do processo um meio efetivo para a pacificação social de acordo com a realidade fática do jurisdicionado.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Prova. Ônus da Prova. Poderes Instrutórios do Juiz. Efetividade.

Sumário: Introdução. 1. Análise Histórica do Processo e da Prova. 2. Princípios Norteadores da Atividade Probatória. 3. Poderes Instrutórios do Juiz e a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil brasileiro, instituído pela Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973, adotou a Teoria Estática sobre o Ônus da Prova ao prever em seu artigo 333 que incumbe ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Contudo, a regra estática prevista no Código de Processo Civil pode conduzir a julgamentos injustos e atentar contra a efetividade processual, a qual não se limita a prolação de uma decisão e solução de um litígio, mas abrange também a ideia de uma solução justa.

Desse modo, surge o pensamento de que o juiz deve ter poderes para instrução do processo e relativização do encargo probatório previsto no Código de Processo Civil a fim de manter um equilíbrio na relação jurídica de direito processual,

Baseada em tais fundamentos, a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova tem seu marco inicial no final do século XX, quando juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, delinearão e sistematizaram seus contornos, batizada de Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.

Assim, o presente trabalho adota a metodologia do tipo descritiva bibliográfica qualitativa e busca desenvolver uma ideia contemporânea de efetividade processual, o que implica em uma postura mais ativa do juiz na fase instrutória do processo, inclusive com a relativização da regra sobre o ônus da prova prevista no Código de Processo Civil, com o objetivo de alcançar um resultado justo e capaz de contribuir para pacificação dos conflitos existentes na sociedade moderna.

No primeiro capítulo do trabalho é realizada uma abordagem da evolução histórica do processo, o que possibilitará uma reflexão acerca do verdadeiro objeto do processo e ajudará na compreensão do conceito de efetividade processual.

O segundo capítulo baseia-se na análise dos princípios norteadores da atividade probatória, no qual objetiva-se avaliar os principais fundamentos que orientam a conduta do magistrado para solucionar as crises de incertezas levadas à análise do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo é realizada uma análise da importância da fase instrutória e da distribuição do ônus da prova para o processo civil, bem como uma análise da efetividade processual e a relação existente entre a fase instrutória e o processo como meio efetivo a pacificação social.

1. ANÁLISE HISTÓRICA DO PROCESSO E DA PROVA

A análise da evolução histórica do processo permite concluir que desde a Antiguidade pretendia-se que os conflitos existentes na sociedade fossem submetidos a julgamento por uma autoridade pública. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco¹, é possível verificar a existência de três fases metodológicas na história do processo, compreendidas em período de sincretismo, período autonomista ou conceitual e período teleológico ou instrumentalista.

¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 259.

O período de sincretismo foi marcado pelo estudo do processo como parte integrante do direito material. Não se reconhecia, neste período, a independência do direito processual em relação ao direito material e os conhecimentos eram puramente empíricos, sem conceitos próprios e sem definição de um método².

No segundo período, denominado como autonomista ou conceitual, buscou-se aprimorar os conceitos já existentes acerca do processo, definir novos institutos e construir uma estrutura ordenada.

O período autonomista foi marcado pela divergência a respeito da *actio* romana existente entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid e Teodoro Muther. Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, o qual decorria da violação de outro direito. Contudo, para Muther, poderia haver ação sem direito, eis o poder conferido aos magistrados de decidir até mesmo contra a lei e, assim, era mais importante a decisão do juiz do que o que constava no direito objetivo³.

A divergência entre os dois juristas permitiu reconhecer ao direito processual um caráter autônomo em relação a direito material, inclusive como ciência autônoma, com “método e objetos próprios, de modo a libertá-lo, por completo, da sua até então incômoda condição de mero apêndice do Direito Privado”⁴.

O terceiro período é marcado pelas ideias desenvolvidas por alguns estudiosos que passaram a ver o direito processual não só como uma ciência autônoma, mas também como um meio que busca alcançar objetivos certos baseados na efetiva prestação jurisdicional pelo Estado.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco⁵

Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional – o que abriu o caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo.

Mauro Cappelletti⁶ afirmou que o direito processual deveria buscar a ampliação de mecanismos de assistência judiciária ao jurisdicionado, o desenvolvimento de

² Ibidem, p. 260.

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do Código de Processo Civil brasileiro. *Revista do Curso de Direito da FUMEC*, Porto Alegre: v. 2, p. 10-15, jan. 2000.

⁵ DINAMARCO, op. cit., 2013, p. 262.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12

instrumentos de legitimação e tutela aptos a assegurar os interesses difusos, além da facilitação do acesso à justiça, o que englobava as ideias anteriores e incluía uma tentativa de atacar as barreiras que impedissem o acesso à justiça.

Assim, é possível verificar que o terceiro período é preocupado com uma ideia de efetividade processual, mas também busca equilibrar os dois períodos anteriores a fim de não retornar ao pensamento de que o processo é mera parte integrante do direito material e superar o segundo período que se baseava somente no estudo do processo como ciência autônoma sem se atentar para o objetivo maior: a tutela jurisdicional.

Em relação às provas, sua análise histórica permite concluir pela significativa mudança do instituto na medida em que rompeu com ideias ligadas à religião, existente na antiguidade, para estabelecer critérios objetivos (meios de prova) e subjetivos (influência da prova no convencimento do julgador).

Conforme aborda João Batista Lopes⁷, na época da sociedade medieval, a prova dos fatos era fortemente influenciada pela religião, ou seja, a proteção divina era invocada na busca da verdade.

Ensina Humberto Theodoro Júnior⁸ que

Após a queda do Império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados de *bárbaros*, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. (...) Numa segunda etapa, houve enorme exacerbação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízos de Deus”, os “duelos judiciais” e as “ordálias”. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio de métodos cabalísticos.

João Batista Lopes⁹ comenta que a busca da verdade através das ordálias, também chamadas de julgamentos ou juízos de Deus, consistia no emprego de expedientes cruéis e até mortais que culminavam em um castigo ao mentiroso. Se o suposto infrator saísse ileso ou se recuperasse rapidamente, seria considerado inocente. Mas caso sofresse com a medida adotada na produção da prova, seria considerado culpado. A sociedade medieval entendia que Deus protegia o inocente por meio de um milagre, o que o livraria do mal causado pela prova.

⁷LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 14

⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil 1*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 10.

⁹LOPES, op. cit, p. 15

Lopes¹⁰ cita, a título de exemplo, a prova das serpentes, na qual o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis; e a prova do fogo, na qual o acusado era obrigado a caminhar descalço sobre ferros quentes. Se saísse ileso de queimaduras seria considerado inocente.

Em relação às ideias primitivas e fanáticas da sociedade medieval acerca da prova, Humberto Theodoro Júnior¹¹ comenta que:

O processo era extremamente rígido (formal), e os meios de provas eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabendo ao juiz, que tão-somente verificada a existência da prova.

O juramento, outro meio de prova dos mais antigos, ainda sobrevive em vários países. Consiste em invocação da divindade como testemunha da verdade, do que decorre a imposição de castigo ao acusado, na hipótese de mentira¹².

O duelo ou combate judiciário era o meio de prova pelo qual colocava-se em confronto físico os supostos infratores e que possuíam versões opostas para os fatos. O vencedor do duelo seria considerado inocente, já que a sociedade medieval acreditava que “Deus não permite a vitória do litigante desassistido de razão”¹³.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Os princípios são normas com um maior grau de abstração e que estabelecem fundamentos normativos para a aplicação e interpretação do Direito. São pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível¹⁴.

Segundo Canotilho¹⁵, princípios “são ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio”.

Na norma jurídica brasileira a tendência é de conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, independentemente da natureza jurídica da relação debatida no processo, seja ela material ou processual, sendo que tais poderes estão diretamente ligados ao respeito de alguns princípios, que seriam eles:

¹⁰Ibidem. p. 15-16

¹¹THEODORO JÚNIOR, op. cit, p. 10

¹² LOPES, João Batista, op. cit., p. 16

¹³ Ibidem.

¹⁴ ÁVILA apud KARL LARENZ, *Richtiges Recht*, München: Beck, 1979, p. 23, 26.

¹⁵ CRETILLA NETO, José. *Fundamento Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24-25.

a) Princípio da Isonomia:

Também denominado de “princípio da igualdade perante a lei” ou “princípio da igualdade processual das partes”, o princípio da isonomia está insculpido no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Tal princípio se subdivide em igualdade material e igualdade formal. A primeira expressa a igualdade efetiva perante os bens da vida. A segunda a igualdade perante as normas jurídicas.¹⁶

Segundo José Cretella Neto¹⁷,

a igualdade deve ser entendida como a equiparação de todos os homens no que diz respeito à fruição e ao exercício de direitos, assim como à sujeição a deveres e obrigações. Não consiste em uma igualdade de tratamento apenas perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida.

A aplicação do princípio da isonomia no processo judicial dá origem à igualdade processual das partes, que norteia o processo civil, conforme prevê o artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.

b) Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa:

O princípio do contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, traz em seu arcabouço três consequências básicas: a) a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores; b) só há relação processual completa após regular citação do demandado; c) toda decisão só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.¹⁸

Humberto Theodoro Júnior¹⁹ afirma que o contraditório “consiste na necessidade ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo”

Desse modo, em regra, não se admite que uma decisão judicial seja proferida sem que seja oportunizada a oitiva das partes, o que representa uma garantia de participação destas na formação do convencimento do julgador.

Aliás, deve ser observado que o princípio do contraditório e da ampla defesa possui íntima ligação com a igualdade das partes e com o direito de ação, visto que a

¹⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 517.

¹⁷ CRETELLA NETO, op. cit., p. 24-25

¹⁸ Ibidem, p. 34

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 33

Constituição Federal prever as referidas garantias para o direito de ação e para o direito de defesa.²⁰

Assim, autor e réu terão as mesmas oportunidades de influir na formação da decisão judicial.

No momento da produção de provas, é extremamente necessária a observância do princípio da ampla defesa, tendo em vista que uma vez cerceado poderá acarretar em sérios prejuízos e até mesmo na nulidade do processo.

Observe-se que a fase processual de colheita da prova é a mais suscetível à argumentação de cerceamento de defesa, eis a possibilidade de que o juiz não admita a produção de determinada prova previamente protestada pela parte interessada.

Sendo assim, o juiz deve agir com cautela a fim de não privar a parte do seu direito de defesa, o qual deverá ser exercido de forma ampla, não se justificando sua limitação de forma imotivada quando as circunstâncias assim não o exigirem.

c) Princípio da Proibição de Provas Ilícitas:

Tal princípio se encontra previsto no artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988, e veda a produção de prova ilícita no processo.

Para aferir a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova é necessário saber se o seu conteúdo, a forma como foi obtido o material probatório ou o meio através do qual ele é inserido no processo são lícitos.

Não se pode esquecer das provas ilícitas por derivação, a teoria dos frutos da árvore envenenada, onde provas lícitas são produzidas a partir de outras ilegalmente produzidas. Em tais casos, o Supremo Tribunal Federal se posiciona no sentido de inadmissibilidade das provas ilícitas produzidas por derivação²¹.

d) Princípio Dispositivo:

O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão.

Para Ada Pellegrini Grinover²², o juiz não mais se limita a assistir inerte à produção de provas no processo civil, tendo em vista que pode e deve assumir a

²⁰ NERY, Nelson Junior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed., rev., atual., amp.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 170.

²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2 vol. 5. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 36-37.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; Cintra, Antonio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 28 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012, p. 71.

iniciativa destas, conforme autoriza o disposto nos artigos 130 e 342 do Código de Processo Civil. Contudo, na maioria dos casos em que se está em debate direitos disponíveis, o juiz poderá satisfazer-se com a verdade formal, ou seja, aquela produzida pelas partes no processo.

e) Princípio da Imparcialidade:

O princípio da imparcialidade diz respeito ao fato de que a atitude do juiz não deve ensejar em favorecimento de tratamento a nenhuma das partes, o que não quer dizer que o juiz deve adotar uma conduta de indiferença em relação à condução e ao resultado do processo, mas que deve assegurar às partes igualdade de tratamento, nos termos do artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil.

Justamente por isso, a doutrina afirma que imparcialidade não se confunde com neutralidade. Juiz imparcial é aquele que conduz o processo sem conceder favorecimentos indevidos a qualquer das partes, como, por exemplo, a concessão a uma delas de oportunidade mais ampla para expor e sustentar suas razões. Juiz neutro é aquele indiferente ao êxito do processo. De certo, não se pode afirmar que o magistrado deve ser neutro, visto que um juiz zeloso não pode deixar de ter interesse no desfecho justo do processo. Em outras palavras, o juiz zeloso sempre terá interesse na vitória daquele que tem melhor direito.²³

f) Princípio da Aquisição Processual ou Comunhão da Prova:

Segundo tal princípio, a prova, uma vez produzida, desagarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo, não podendo ser dele extraída ou desentranhada, salvo exceções, conforme artigo 1.215, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil.

A prova produzida no processo não tem mais ou menos valor em razão de quem a produziu. Ou seja, pouco interessa ao processo se a prova do fato constitutivo ou do fato extintivo, por exemplo, foi produzida pelo autor ou pelo réu. Isso porque, depois de produzida, a prova é comum às partes e pertence ao processo, e não a quem a produziu.²⁴

Sendo assim, cabe ao juiz considerar todo conteúdo probatório que tenha sido produzido no processo, sem se preocupar com quem exerceu tal mister, tendo em vista que a prova adere ao processo, sendo irrelevante quem a produziu²⁵.

²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 7. Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, p. 19-30

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O juiz e a prova". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, n° 35, p. 181.

²⁵ DIDIER JR., op. cit., p. 26-27

g) Princípio do Ônus Objetivo:

O princípio do ônus objetivo orienta o julgador quando houver insuficiência de prova e, nesse caso, impõe a regra de julgamento desfavorável àquele que tinha o encargo de produzir a prova, mas não se desincumbiu do seu ônus²⁶.

Desse modo, após verificar que um fato não foi provado, o juiz imputará a uma das partes as consequências desfavoráveis decorrentes da falta da prova, o que terá por fundamento as regras de distribuição do ônus da prova.

h) Princípio da Cooperação:

De acordo com o princípio da cooperação, as partes têm o dever de se conduzir no processo com lealdade, probidade e boa-fé. Assim, a atuação das partes deve ser voltada para um auxílio com o órgão jurisdicional na busca da verdade dos fatos e, desse modo, na produção de uma sentença justa.²⁷

Tal princípio se fundamenta no fato do processo ser visto como um produto da atividade cooperativa das partes e do juiz a fim de que todos alcancem um objetivo comum, qual seja: o provimento jurisdicional adequado.

3. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O poder instrutório do juiz na condução da marcha processual está previsto basicamente no artigo 130 do CPC. De acordo com o referido dispositivo, cabe ao juiz determinar a produção das provas necessárias ao processo, de ofício ou a requerimento das partes, e indeferir as inúteis ou protelatórias.

O artigo 342 do CPC prevê que o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. O artigo 418, inciso I, do CPC prevê que o juiz pode ordenar de ofício a inquirição de testemunhas referidas nos depoimentos das partes ou das testemunhas. E, de acordo com o artigo 440 do CPC, o juiz pode, de ofício, inspecionar pessoas ou coisas a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Desse modo, verifica-se que o Código de Processo Civil atribui amplos poderes ao juiz na fase instrutória, que lhe permite a produção de provas independente do requerimento das partes.

²⁶ Ibidem, p. 31.

²⁷ CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.85

A atribuição de iniciativa probatória ao juiz tem por fundamento a igualdade material entre as partes, de modo a permitir um equilíbrio na relação jurídica processual e a busca de uma decisão justa. Tal não viola a imparcialidade do juiz porque, ao determinar a prova, o julgador sequer sabe quem será beneficiado com a sua produção.

Também não há que falar em violação ao disposto no artigo 333 do CPC, tendo em vista que o objetivo do referido artigo é orientar as partes na instrução processual a fim de que estas tenham ciência do que devem provar e os riscos que correm ao não cumprirem seu ônus. Assim, em um primeiro momento, o referido dispositivo prevê uma regra de instrução, a qual, somente em eventual falta da prova, será uma regra de julgamento a orientar o juiz em uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni²⁸ afirma que

É mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a “verdade” dos fatos seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz. A necessidade de imparcialidade judicial não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Imparcialidade e neutralidade não se confundem. (...) A existência de normas sobre o ônus da prova, entendidas como regras de julgamento, tampouco impedem o juiz de instruir de ofício o processo, isso porque só se legitima o julgamento pelo art. 333, CPC, se, exauridas todas as possibilidades probatórias, o órgão jurisdicional ainda não se convence a respeito das alegações de fato das partes.

Ademais, se a solução do litígio está nas mãos do Estado, na visão de um “Estado-social”, o juiz não pode se contentar com a atividade apenas das partes, eis que tal representa uma posição passiva e conformista, que poderá levar a uma decisão injusta e que não corresponda a realidade fática submetida a julgamento²⁹.

Através da análise do artigo 131 do CPC, observa-se que o Direito Brasileiro adotou o Princípio do Livre Convencimento Motivado, segundo o qual, na apreciação da prova o juiz formará livremente seu convencimento, condicionado aos fatos e circunstâncias constantes no processo³⁰, devendo motivar sua decisão, até mesmo em cumprimento ao disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Em relação à distribuição do encargo probatório, o Código de Processo Civil adotou uma concepção estática do ônus da prova, na qual o encargo probatório é distribuído *a priori*, visto que o artigo 333 do CPC determina que incumbe ao autor

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 180.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 107-109.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, op. cit. p. 426

provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor.

Desse modo, verifica-se que o artigo 333 do CPC prevê uma distribuição do encargo probatório que tem por premissa a natureza dos fatos a serem provados³¹.

Contudo, a regra prevista no artigo 333 do CPC não impede que o juiz verifique a inviabilidade da distribuição estática do ônus da prova e adote outros critérios para a atribuição do encargo probatório. Isso porque, apesar da clareza do referido dispositivo legal, tal regra pode se afigurar insuficiente para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, devendo o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio com as partes, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar³².

A dinamização do encargo probatório é baseada na Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, que teve seu marco inicial no final do século XX, quando juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, delinearão e sistematizaram seus contornos, batizada de Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.³³ Seu objetivo é complementar as atuais normas acerca do encargo probatório, visto que admite a flexibilização da regra do artigo 333 do CPC, quando esta se apresentar inadequada ao caso concreto.

Segundo Humberto Theodoro Júnior³⁴,

A dinamização do encargo probatório manifesta um abrandamento do rigor da literalidade do artigo 333 do CPC, o qual depende das condições particulares do caso concreto e não tem por objetivo revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-los a luz de princípios inspirados na ideal de um processo justo.

Ao distribuir o encargo probatório, a teoria da carga dinâmica leva em consideração a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, com o objetivo de possibilitar que ela seja efetivamente produzida no processo, contribuindo para o esclarecimento da controvérsia e solução do litígio. A dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem maior facilidade probatória³⁵.

Aliás, conforme exposto no capítulo anterior, a fase instrutória é norteadada pelo Princípio da Cooperação, segundo o qual o processo deve ser visto como uma atividade

³¹ MARINONI, op. cit., p. 336

³² Ibidem. p. 337.

³³ CREMASCO, op. cit., p. 71.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 432.

³⁵ MARINONI, op. cit., p. 337.

cooperativa das partes e do juiz para que se alcance o provimento jurisdicional justo e adequado.

Nesse sentido, a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova visa a implementar essa cooperação a fim de que o julgador não fique limitado às regras estabelecidas aprioristicamente no artigo 333 do CPC e possa distribuir o encargo probatório de forma diversa do disposto no referido artigo, quando a situação posta a análise assim o recomendar.

Luiz Guilherme Marinoni³⁶ afirma que não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Segundo o autor, em determinados casos a distribuição fixa pode se afigurar insuficiente para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, situações nas quais o juiz tem o dever de dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontra em melhores condições de provar, em razão de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova.

A ideia de efetividade processual condiz com o pensamento de que o processo não deve ser visto como um fim em si mesmo, mas como um instrumento apto a tutela justa e adequada do direito material³⁷.

Portanto, apesar de o Código de Processo Civil não possuir regra expressa que permita a dinamização do ônus da prova, esta é possível em observância ao dever de colaboração e à ideia de que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva passa pelo direito ao provimento jurisdicional justo, condizente com a realidade fática.

Não por outro motivo, Fredie Didier Jr.³⁸ afirma que a distribuição dinâmica do ônus da prova decorre dos princípios constitucionais da igualdade (artigo 5º, *caput*, CR/88 e artigo 125, inciso I, CPC), visto que entre as partes deve haver uma paridade real de armas e equilíbrio substancial entre elas; do devido processo legal (artigo 5º, inciso XIV, CR/88), eis que processo devido é aquele que produz resultados justos; e do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, CR/88), o qual garante uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Deve ser observado que a distribuição dinâmica do ônus da prova é uma medida excepcional, motivo pelo qual somente deve ser adotada quando as

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 64.

³⁸ DIDIER JR., op. cit., p. 97-98.

peculiaridades da situação concreta do processo assim a recomendarem, após a constatação da inviabilidade na aplicação do disposto no artigo 333 do CPC.

Assim, para a correta dinamização do ônus probatório, faz-se necessária a observância de dois requisitos. Um de natureza material. Outro de natureza processual.

O requisito material consiste na constatação de que a parte encarregada pelo artigo 333 do CPC se encontra em uma situação de hipossuficiência probatória em relação ao seu adversário, o qual detém em seu poder as provas necessárias à instrução do processo (ex.: médico que detém o prontuário e os exames do paciente)³⁹.

O requisito processual (ou formal) exige que seja oportunizada a produção probatória ao novo onerado e a motivação da decisão que dinamiza o encargo probatório⁴⁰, até mesmo pela regra do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

De certo, por se tratar de uma medida excepcional, não poderá o juiz surpreender as partes com a dinamização do ônus da prova no momento da sentença, sem que antes tenha oportunizado a produção probatória, eis que tal conduta violaria o contraditório, a ampla defesa e o dever de colaboração.

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, também atribui poderes instrutórios ao julgador, o que foi expresso, basicamente, no artigo 370 do NCPC, que prevê que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

O artigo 373 do Novo Código de Processo Civil reproduz a mesma regra do artigo 333 da Lei 5.869/73 – atual CPC – ao prever em seus incisos I e II que incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Contudo, pela análise do §1º do artigo 373 do Novo CPC, verifica-se que este acolheu a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova ao prever que, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo de acordo com a distribuição estática do ônus probatório ou diante do maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso do estabelecido nos incisos I e II do artigo 373.

Aliás, verifica-se que o referido dispositivo legal também adotou o requisito material e o requisito formal para a dinamização do encargo probatório. Isso porque

³⁹ KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 187.

⁴⁰ MARINONI, op. cit., p. 338.

determina que sejam analisadas as condições do caso concreto para atribuir o ônus da prova de modo diverso e determina que tal medida se dê por decisão fundamentada, conferindo à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Desse modo, verifica-se a preocupação do legislador em possibilitar um efetivo acesso à justiça sem afastar por completo a regra estática sobre a distribuição do ônus da prova. Em outras palavras, no novo CPC foram reproduzidas as regras atuais sobre a distribuição do encargo probatório, mas também foi expressamente acolhida a possibilidade de dinamização de tal encargo em observância aos critérios já desenvolvidos pela doutrina brasileira.

CONCLUSÃO

Realizadas as considerações acerca do momento da produção da prova no processo e sua importância para a efetividade processual, espera-se ter atingido o objetivo de demonstrar que um processo efetivo é aquele baseado em um resultado justo, que corresponda à realidade fática do jurisdicionado.

Apesar de o Código de Processo Civil vigente, Lei 5869/73, adotar a Teoria Estática do Ônus da Prova, tal não representa óbice a uma postura mais ativa do juiz e sensível à situação das partes, de modo a permitir que em determinado caso concreto seja afastada a regra prevista no artigo 333 do CPC e seja determinada a dinamização do encargo probatório.

Além do mais, conforme já analisado, o novo Código de Processo Civil adotará expressamente a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, a qual terá os mesmos requisitos formais e materiais que hoje já vêm sendo adotados pela doutrina e pela jurisprudência.

Constata-se que os poderes probatórios atribuídos ao juiz são essenciais para a busca de um processo justo, visto que não se pode admitir uma postura indiferente do magistrado quando este verificar a necessidade da produção de determinada prova, sendo certo que a ideia de juiz ativo tem por fundamento o princípio da isonomia e não viola imparcialidade do magistrado, eis que antes de determinar a prova o juiz sequer sabe quem será beneficiado com a sua produção.

Desse modo, conclui-se que o ideal de processo como um instrumento de Justiça deve ser norteado pela busca da realidade fática e aperfeiçoamento dos

mecanismos necessários para tanto, os quais têm como principal fundamento o princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 5. ed., rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA *apud* KARL LARENZ, *Richtiges Recht*, München: Beck, 1979.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do Direito Material sobre o Processo*. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Fundamento Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2 vol. 5. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O Projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz. In: *Temas de Direito Processual Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil I*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.