

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

LUIZ EDMUNDO KIELBOVICZ

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO MODELO COOPERATIVO
DE PROCESSO**

Porto Alegre

2016

LUIZ EDMUNDO KIELBOVICZ

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO MODELO COOPERATIVO
DE PROCESSO**

**Monografia apresentada ao Programa de
Pós Graduação em Direito Processual
Civil da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul.**

Orientador: Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Porto Alegre

2016

Resumo

Este trabalho analisa o tema da formação da prova no processo civil brasileiro, em especial, no modelo adotado no Código de Processo Civil de 2015. O novo modelo, amparado em forte base constitucional, reconhece o dever de colaboração das partes e do judiciário. Em termos de prova, isso quer dizer que as partes não mais ficarão restritas ao posicionamento inicial, de modo que o juiz poderá, por decisão fundamentada, distribuir o ônus da prova quando perceber que outra parte poderia produzir determinada prova com mais facilidade do que a parte originalmente incumbida. A fim de analisar as consequências dessa mudança faz-se necessário um estudo sobre os requisitos da dinamização, como forma de atentar para o devido processo legal e não causar disparidades entre as partes.

Palavras-chave: prova, ônus da prova, dinamização, colaboração, novo Código de Processo Civil Brasileiro

ABSTRACT

This paper analyses the topic of the evidence formation in the Brazilian Civil Procedure Code, specially, the model adopted in the Civil Procedure Code of 2015. The new model, supported by a strong constitutional foundation, recognizes the duty of collaboration between the litigants and the judicial power. In terms of evidence, that means that the litigants will not be restrained in their original part, so that the judge can, by reasoned decision, distribute the burden of proof when he realizes that the other litigant could produce given evidence more easily than the litigant originally responsible. In order to analyzing this chance's consequences it's necessary a study about the requirements of the distribution, as a way to stay aligned with the due process and not cause disparities between the litigants.

Keywords: proof, burden of proof, distribution, collaboration, new Brazilian Civil Procedural Code

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. DO DIREITO PROBATÓRIO E DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	7
2. A PRODUÇÃO DA PROVA.....	15
3. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	20
CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	30

INTRODUÇÃO

A averiguação fática é a função essencial do processo de conhecimento, não apenas como uma simples verificação dos fatos alegados, mas também como forma de verificar qual a norma que deve ser aplicada ao caso concreto.

Em que pese o conhecimento da verdade absoluta no processo de conhecimento seja uma utopia, é um ideal que deve ser buscado, pois a efetiva tutela jurisdicional depende da descoberta da verdade das alegações que envolvem a demanda. Por esse motivo, o tema da prova é um dos assuntos chave no estudo do processo civil.

O ônus de comprovar a verdade das alegações deve ser distribuído entre as partes como forma de melhor organizar o processo e garantir a segurança jurídica. É por isso que o Código de Processo Civil divide *a priori* os ônus do autor e do réu. Uma vez divididos os ônus, tal divisão pode servir como regra de julgamento, responsabilizando na demanda a parte que não cumpriu com o seu ônus.

Contudo, legislações mais recentes, tal qual o Código de Defesa e o Consumidor e o Novo Código de Processo Civil, baseados no princípio da colaboração, admitem a dinamização do ônus da prova como forma de garantir uma tutela mais efetiva e justa dos direitos.

A dinamização do ônus da prova foi introduzida no NCPC através do art. 373, §1º. A possibilidade de se alterar os ônus processuais não é nova no direito brasileiro, contudo, a nova legislação trás uma nova roupagem à matéria, principalmente em decorrência da visão cooperativa do processo.

Esta nova visão de processo impõe ao juiz uma série de deveres processuais, os quais devem ser observados no decurso do processo de conhecimento. Dessa forma, a dinamização do ônus da prova, sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, está intimamente ligada com a necessidade de observância destes deveres.

Tratam-se de questões de ordem, a dinamização do ônus da prova deve ser usada com cautela, tanto que o NCPC determina que ela somente poderá ser deferida através de decisão que demonstre que o caminho escolhido é o melhor para a solução junta do processo, não criando uma responsabilidade impossível ou de excessiva dificuldade.

Não somente da consonância com a matéria de direito é que depende a dinamização. A nova legislação possui um claro intuito de promover o diálogo entre as partes, sendo assim, não se pode considerar devida a dinamização que ocorra somente em sentença, por exemplo. Ainda que o ônus probatório possa ser usado como regra de julgamento, é imprescindível que as partes sejam previamente advertidas, permitindo-se a produção das provas.

Na prática, contudo, o tema não é devidamente explorado, uma ferramenta de tamanha importância é, muitas vezes, mal utilizada, ocasionando ônus impossíveis ou surpresas processuais.

A análise para os critérios de aplicação desta ferramenta é o objeto do presente trabalho.

1. DO DIREITO PROBATÓRIO E DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

O processo inicia-se por iniciativa da partes, mas somente se desenvolve através do impulso oficial, dessa forma, o Juiz deve desempenhar um papel ativo e condutor do processo, com vistas a alcançar a prestação jurisdicional adequada, com economia de meios e eficiência de resultados, assegurando às partes igual tratamento.¹

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero conceituam a jurisdição como²:

A jurisdição é antes de tudo poder – é uma das manifestações do poder do povo (art. 1º, parágrafo único, CRFB), canalizado no Estado, cujo exercício se leva a cabo por meio da função judiciária. A jurisdicionalidade de uma ato é aferida na medida em que é fruto de um órgão estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu pronunciamento de irrevisibilidade externa.

O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.³

Assim, sendo é inadmissível que no estado moderno, se reconheça a ideia de direito de acesso à justiça como simplesmente o direito a uma sentença de mérito. Dessa forma, a decisão do poder judiciário deve ser justa e efetiva, para isso, o sistema legal prevê uma série de ferramentas que possibilitam o melhor conhecimento do caso e fomentam uma solução efetiva ao litígio.

Muitas destas ferramentas estão ligadas aos poderes que o magistrado exerce perante as partes. Uma das principais discussões históricas a respeito da prestação jurisdicional diz respeito aos poderes (e deveres) do Juiz para a análise do caso concreto.

¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 228.

² *Ibidem*, p. 125.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32

Sabe-se que a jurisdição é a manifestação do poder estatal, e assim sendo, terá diferentes objetivos, conforme o tipo de Estado na qual está incluída. Portanto, a jurisdição terá fins sociais, políticos e propriamente jurídicos, conforme a essência do Estado cujo poder deva manifestar.⁴

Tendo em vista a nova concepção de direito no Estado Constitucional, o qual submete a lei à força normativa da constituição, é imprescindível que o formalismo processual seja concebido sob perspectiva dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são aqueles que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana e estão previstos no artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

As relações entre o processo civil e a Constituição são relações dialógicas, de recíproca implicação. Há na doutrina contemporânea um diálogo constante entre o direito processual civil e o direito constitucional, a ponto de ser reconhecida por parte da doutrina a existência de uma teoria processual da Constituição⁵. Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, os fins da jurisdição devem refletir essas ideias.⁶

Com base nos valores e normas estabelecidos na Constituição, dá-se a organização do processo. Entre esses ressaltam os valores da segurança e da efetividade, que se manifestam na estruturação dos deveres dos direitos fundamentais da segurança e da efetividade. Os mesmos fundamentos podem servir para a interpretação e aplicação das normas e princípios processuais⁷.

O objetivo desta estruturação é estabelecer e regular os poderes, deveres, faculdades e ônus, tanto das partes como do órgão judicial, sempre observando os valores e princípios fundamentais originados da Constituição. Ao fazer isso, confere-se a tão almejada legitimidade da tutela jurisdicional.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁵ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores.⁸

O processo civil, em si considerado, é um direito fundamental.⁹ O direito fundamental ao devido processo constitui um princípio. Como princípio, exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos.¹⁰ Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma valiação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havia como necessária à sua promoção.¹¹

Considerando que seja certo que o objetivo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um desses escopos apenas se atinja por meio da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda.¹²

A efetiva prestação jurisdicional está intimamente ligada com a averigação dos fatos alegados pelas partes, nesse sentido, explia Marinoni que¹³:

Se é certo que o objetivo fundamental da jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer um desses escopos apenas se atinja por meio da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda.

A ideia de prova evoca a racionalização da descoberta da verdade. O Juiz, no decurso do processo de conhecimento, tem por função a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo. Realizado o juízo de concreção da regra aos fatos, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizou o legislador.¹⁴ Portanto, resta indene de dúvidas a necessidade da

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 54-55.

⁹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45.

¹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27.

¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 225.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 250-251.

averiguação fática como forma de se atingir uma efetiva e justa tutela jurisdicional. É por esse motivo que a investigação dos fatos no processo de conhecimento ocupe a maior parte da disciplina no código de processo civil.¹⁵

Nesse sentido, a partir da Revolução Francesa, em decorrência do positivismo jurídico, inicia-se uma acentuada tendência ao juiz -funcionário, inserido num sistema administrativo-burocrático, que considera “a verificação dos fatos como uma operação técnica, análoga àquela realizada pela pública administração em qualquer outro ramo de sua atividade”.¹⁶ A visão de juiz trazida pela revolução francesa, de um juiz limitado estritamente ao cumprimento literal da lei foi uma das principais responsáveis pela posterior divisão no processo entre as chamadas matéria de fato e matéria de direito, como se normas e fatos fossem questões heterogêneas e independentes.

É claro que a meta de atingir a verdade absoluta no processo é um tanto utópica. Reconstruir o passado sempre será um desafio, pois a realidade humana está longe de ser amplamente documentada. Não são raros os casos nos tribunais em que a produção de determinada prova, essencial para o deslinde do feito, é impossível. Da mesma forma, mesmo as provas que podem ser produzidas, são muitas vezes corrompidas, à exemplo da prova testemunhal. Tal prova sempre será contaminada pelas impressões pessoais do ouvinte, chegando ao processo de forma já distorcida, podendo ser ainda mais distorcida em razão das próprias impressões pessoais do Juiz.

Além do mais, o próprio sistema legal abre mão da busca pela verdade absoluta, como forma de manter um justo processo legal ao, por exemplo, vetar a produção de provas ilícitas.¹⁷ Não se trata de uma simples norma processual, mas de um princípio constitucional. Assim sendo, percebe-se claramente a intenção do legislador em respeitar o devido processo legal, ainda que isso venha a impossibilitar a busca pela almejada verdade.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 251.

¹⁶ KNIJNIK, Danilo. *Os “standards” do convencimento judicial: Paradigmas para seu possível controle*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2016, p. 11.

¹⁷ Art. 5º 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: [...]

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]

Sendo evidente que a verdade absoluta é o objetivo buscado, mas sendo também verdade que este ideal por muitas vezes não poderá ser alcançado, seja por limitações das próprias provas, ou do sistema jurídico, a prova no processo civil constitui-se, ao que parece, em meio retórico, indispensável ao debate judiciário. O processo deve ser visto como palco de discussões; a tópica é o método da atuação jurisdicional e o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais sobre ele.¹⁸

A doutrina contemporânea, no que se refere à aplicação do direito, reaproximou a questão fática da questão de direito. A aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, em que se circula das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito naquilo que, apenas descritivamente, ou seja, em sua forma ou aparência externa, será um silogismo. Aqui, a formulação do juízo de fato e do direito a aplicar são conjunta e reciprocamente elaborados, um exercendo grande influência sobre o outro, num intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se ao produto final.¹⁹

Assim, a reconciliação do fato com o direito no processo de aplicação das normas jurídicas, com o afastamento do modelo subsuntivista, exige, pois, que também no terreno da prova e da convicção judicial haja uma meditação jurídica.²⁰

Contudo, deve-se admitir, pelos motivos expostos acima, que nem sempre a convicção judicial poderá ser baseada em uma verdade absoluta. As diversas regras tendentes a disciplinar formalidades para a colheita das provas, as presunções concebidas *a priori* pelo legislador e o temor de que o objeto reconstruído no processo não se identifique plenamente com os acontecimentos verificados induzem a doutrina a buscar se satisfazer com outra categoria de verdade. Assim sendo, diante da visão de que o processo civil lida com bens de

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 256.

¹⁹ KNIJNIK, Danilo. *Os "standards" do convencimento judicial: Paradigmas para seu possível controle*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2016, p. 05.

²⁰ KNIJNIK, Danilo. *Os "standards" do convencimento judicial: Paradigmas para seu possível controle*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2016, p. 13.

menor relevância, se comparado ao direito penal, por exemplo, admite-se que o processo civil se satisfaça com um grau de certeza menor.²¹

Tem-se, portanto, que a função da prova é servir de apoio às argumentações das partes, no diálogo judicial, servindo como elemento de convicção do órgão jurisdicional.

A valoração da prova se trata de uma atividade que precede necessariamente a formação do convencimento. Assim sendo, o convencimento representa o resultado final, decorrente de um procedimento norteado por regras lógicas e jurídicas. Nesse sentido, percebe-se que a liberdade de convencimento, decorrente do princípio do livre convencimento do juiz, não está no modo da sua formação, mas no ato de convencer-se.²²

A decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede. São a forma e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão seja legítima. Legitimação esta que depende do grau de participação dos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento do órgão julgador. Esta participação ocorre através das alegações e das comprovações. A prova assume, então, um papel de argumento retórico, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito.²³

Como forma de melhor fomentar a participação dos sujeitos, o NCCP adotou o chamado modelo cooperativo de processo. Esta cooperação visa promover o diálogo entre as partes e o Juiz, como forma de trazer uma melhor composição da lide.

O princípio da cooperação define o modo como processo civil deve desenvolver-se no direito brasileiro. Trata-se de um modelo reconhecido como princípio processual no novo Código de Processo Civil,²⁴ se surge da junção dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório.

O novo modelo de processo civil, com respaldo nas regras constitucionais, caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório,

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

²² ROSITO, Fransico. *Direito probatório – As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

²⁴ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo entre as partes.²⁵

Vale ressaltar que o que se fala aqui não é o contraditório como uma simples regra formal, mas como um instrumento de diálogo entre as partes, indispensável para o aprimoramento da decisão judicial, ou seja, uma participação capaz de influenciar a decisão.

A colaboração é um modelo que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho.²⁶ Excluem-se qualquer destaques em termos de sujeitos processuais que possam existir quanto à condução do processo. Pelo contrário, a condução passa a ocorrer de forma cooperativa e conjunta.

Por ser um princípio processual, a colaboração impõe um estado que deve ser promovido. Seu conteúdo finalístico diz respeito à organização do processo idôneo para alcançar uma decisão justa.²⁷

Para fazer isso, o modelo organiza os participantes do processo em posições jurídicas equilibradas redistribuindo as cotas de participação de cada um dos envolvidos. Destaca-se aqui que o referido equilíbrio não se restringe às partes, mas se estende também ao órgão julgador. Assim sendo, a posição do juiz mostra-se paritária com as partes na condução e no diálogo processual, ou seja, dialoga em condições de equilíbrio com as partes quando da condução do processo.

Essa igualdade só se encerra quando da decisão do processo. As partes, através do contraditório exercem influência sobre o magistrado na decisão, mas, encerrada a instrução, que decide é o juiz, pois esta é a sua função exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento.²⁸

A colaboração impõe a organização de processo cooperativo – em que haja colaboração entre os seus participantes. O legislador tem o dever de traçar o

²⁵ DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *Revista de Processo* Ano 36, Vol. 198: *Revista dos Tribunais*, agosto/2011, p. 219.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, p. 708.

²⁷ *Ibidem*, p. 710.

²⁸ DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *Revista de Processo* Ano 36, Vol. 198: *Revista dos Tribunais*, agosto/2011, p. 220.

processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual.²⁹

Da mesma forma, cooperação, ao contrário do que o nome possa sugerir, não quer dizer cooperação entre as partes. É da natureza da lide processual a existência de interesses diversos entre as partes que a compõe. São duas partes adversárias, portanto, dotadas de conflito. Dito isso, não se pode prescrever comportamento cooperativo entre as partes. Como é evidente, as partes não querem e não devem colaborar entre si. Portanto, a colaboração não deve ser vista como fonte de deveres recíprocos entre as partes nem como um incentivo ao juiz para impor sanções por falta de cooperação.³⁰ Em termos de relação entre as partes, a única coisa que se pode exigir é a atuação do processo com boa-fé.

Ainda, a cooperação não significa o fim do princípio dispositivo, as partes continuam desempenhando o seu papel, arcando com o ônus prescritos na tentativa de ganhar o caso.

O princípio da cooperação atua imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do estado de coisas que o princípio da cooperação busca promover.³¹ A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com o litigantes. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo.³²

Nesse sentido, explicam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero que³³:

Dentro de uma visão cooperativa do processo, revela-se fundamental procedam as partes e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo com lealdade e boa-fé (arts. 14, inciso II e 16). Ao órgão judicial, de quem não se dispensam também esses requisitos, impõe-se prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125, inciso III), sancionando se for o caso a parte ou seus representantes or conduta

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 710.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Código de Processo Civil*. *Revista do Advogado – O novo Código de Process Civil*. São Paulo: AASP, 2015, nº 126, p. 49.

³¹ DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *Revista de Processo Ano 36, Vol. 198: Revista dos Tribunais, agosto/2011*, p. 221

³² MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Código de Processo Civil*. *Revista do Advogado – O novo Código de Process Civil*. São Paulo: AASP, 2015, nº 126, p. 50

³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229

eticamente reprovável (arts. 17 e 18, 599, inciso II, 600). No processo cooperativo, o juiz também é sujeito ao contraditório e conscrito aos deveres de lealdade e boa-fé, cujo cumprimento ocorre na medida em que atendidos os seus deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio para com os litigantes.

Portanto, o juiz tem de fazer observar e ele mesmo observar o contraditório, observando o seu dever de diálogo para com as partes, próprio do processo civil cooperativo.

É em razão deste dever de diálogo entre as partes que o NCPC reconhece a possibilidade da dinamização do ônus probatório. O magistrado, após ouvir os argumentos das partes, pode definir qual das partes é a mais indicada para produzir provas sobre determinada alegação.

Essa alteração legal reforça a ideia de obtenção de um grau maior de certeza para a decisão de mérito, contribuindo para uma maior segurança jurídica.

2. A PRODUÇÃO DA PROVA

A produção da prova pode ser dividida em quatro fases: o requerimento, a admissão, a produção e a valoração. A prova somente deve ser admitida quando, além de ter sido requerida de acordo com as regras de direito processual, é relativa a uma afirmação de fato principal ou fato indiciário que tenha relevância para o convencimento do juiz.³⁴

É imprescindível a separação do momento da admissão da prova do momento de sua valoração. Admitida a prova, tem de ser produzida. Depois de produzida é que será valorada pelo órgão jurisdicional. Fora daí, fere-se o núcleo essencial do direito à prova do processo.³⁵ Assim sendo, é inviável qualquer juízo valorativo da prova antes de sua produção.

Deve-se ter em mente também que a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 45.

importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato.³⁶

Quanto às formas de produção de prova, a lei processual não pode antever as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que essas não apenas se transformam diariamente, mas assumem contornos variados conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos.³⁷

Nesse diapasão, como forma de garantir a efetiva tutela jurisdicional, o art. 322 do CPC, flexibiliza a forma de produção da prova ao estabelecer que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para prova a verdade das alegações fáticas em que se fundam as partes.

Dispositivo semelhante está presente no Novo Código de Processo Civil³⁸. Contudo, enquanto o código antigo apenas menciona que todos os meios lícitos são hábeis para provar, o novo código vai além, e positiva a produção de prova como um direito às partes.

No que se refere à titularidade, o direito à prova estende-se a ambas as partes processuais, que possuem a faculdade de iniciar e desenvolver a atividade probatória, independentemente de sua posição processual.³⁹ Segundo a teoria das normas, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável.⁴⁰

No que se refere aos deveres do juiz, as regras do NCPC, baseadas no modelo cooperativo de processo, implicam em deveres ao Juiz. No que se refere à

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 1 Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 123

³⁸ 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.

³⁹ ROSITO, Fransico. *Direito probatório – As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.

⁴⁰ CARPES, Arthur. *Ônus dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

fase organizatória e probatória, Mididiero aponta o dever e diálogo⁴¹ e o dever de auxílio⁴².

Estes deveres sofrem ligação direta com o ônus probatório. Nessa senda, observa-se que o dever de diálogo consiste, entre outras coisas, no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas.⁴³

Este dever está positivado através do art. 139 do novo CPC que prevê que o juiz poderá determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.⁴⁴

Com isso, na presença de qualquer inclareza, deverá o magistrado providenciar o esclarecimento da parte envolvida, e não, imediatamente, determinar a consequência prevista em lei para o ilícito processual. Por exemplo, não pode o magistrado indeferir a petição inicial em razão de obscuridades do pedido ou da causa de pedir, sem antes solicitar esclarecimentos ao autor. Tal medida facilita o

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 127

⁴² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136

⁴³ DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. *Revista de Processo Ano 36, Vol. 198: Revista dos Tribunais, agosto/2011, p. 221-222.*

⁴⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

- I - assegurar às partes igualdade de tratamento;
 - II - velar pela duração razoável do processo;
 - III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;
 - IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;
 - V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;
 - VI - dilatar 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;
 - VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;
 - VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;
 - IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;
 - X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5o da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.
- Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

acesso à prestação jurisdicional, principalmente se considerarmos os casos em que é permitido a não advogados a formulação de pedidos, como é o caso dos Juizados Especiais Cíveis.

A prova no processo civil não tem a função de comprovar fatos, mas alegações, portanto, é de incontestável importância o esclarecimento acerca dos fatos narrados. Apenas com o esclarecimento dos fatos, é que o juiz pode determinar a produção de determinada prova, ou avaliar qual dos sujeitos processuais é o mais adequado para a sua produção.

O dever de prevenção, positivado no art. 357 do novo CPC⁴⁵, impõe ao magistrado o dever de resolver as questões processuais pendentes, se houver e delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos

Esse é um dos motivos pelos quais o juiz sempre deve advertir as partes acerca do seu ônus. Antes do julgamento da lide, as partes devem ter pleno conhecimento acerca dos seus ônus processuais

⁴⁵ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Por fim, impõe-se ao magistrado o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o agravem o exercício de suas posições jurídicas, preservando sempre a sua necessária imparcialidade.⁴⁶

A exemplo disso, destaca-se a dinamização do ônus da prova, prevista no art. 373, §1º do novo CPC⁴⁷, que visa a auxiliar uma das partes a se desincumbir de *probatio diabolica*.⁴⁸

Em regra geral, cabe a quem formula a alegação apresentar provas de sua veracidade. Pode, contudo, o magistrado, ao perceber que a outra parte possuiu melhores condições de produzir a prova que vai comprovar aquela alegação, determinar que a outra parte a produza.

O dever de auxílio, entretanto não quer dizer que o juiz atuará em defesa de alguma parte, de qualquer forma, beneficiando-a. Não é uma questão de ajudar a parte, simplesmente, mas sim um mecanismo pra facilitar o alcance da verdade sobre os fatos.

O “auxílio” prestado pelo juiz não cria qualquer disparidade entre as partes, tanto que o próprio art. 373 faz uma ressalva em seu § 2º que que a dinamização do ônus probatório não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229

⁴⁷ 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.

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. *A colaboração como norma fundamental do Novo Código de Processo Civil*. *Revista do Advogado – O novo Código de Process Civil*. São Paulo: AASP, 2015, nº 126, p. 50

3. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Sabe-se, portanto, que a prova é um direito das partes, bem como, que a dinamização do seu ônus está intimamente ligado com a noção de processo cooperativo.

Fredie Didier Jr. conceitua o ônus da prova como⁴⁹:

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

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribua 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.

Em linhas gerais, o art. 333⁵⁰ do CPC/73 determinava que o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática. Assim, estabelece abstratamente que arca com a falta de prova. Contudo, essas regras podem ser alteradas em determinadas circunstâncias.⁵¹

Dentro deste tema, uma das maiores inovações do Código de Defesa do Consumidor ao direito processual brasileiro foi a possibilidade da inversão do ônus probatório⁵² quando o consumidor produzir alegações verossímil ou que a prova necessária para o deslinde do feito possa ser produzida pelo fornecedor do serviço.

⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 106-107.

⁵⁰ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 109.

⁵² Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]

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

O termo “inversão” é, muitas vezes criticado pela doutrina, a exemplo, o pensamento de Artur Carpes⁵³:

Em outras palavras, o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente às mesmas qualidade que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto.

A inversão do ônus da prova, como concebida no CDC, possui a função de equilibrar as relações jurídicas desequilibradas. Contudo, a intenção legislativa. Justamente por isso é que a intenção não foi de absolutismo do princípio da inversão do ônus da prova.

É necessário que se verifique em cada caso a possibilidade do fornecedor produzir as provas que lhe são incumbidas, sob pena de o obrigar a realizar prova impossível.

Dessa forma, mesmo em demandas que envolvam direitos de consumidores, a “inversão” do ônus da prova deve ser aplicada com razoabilidade, não podendo, em termos absolutos, o consumidor ficar desincumbido de demonstrar suas alegações.

É com esse entendimento que o Novo Código de Processo Civil mantém as linhas gerais do art. 333, mas reconhece em seu art. 373⁵⁴ a possibilidade da dinamização do ônus probatório nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva

⁵³ CARPES, Arthur. *Ônus dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116-117.

⁵⁴ 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.

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.

É comum ser afirmado que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida, e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova.⁵⁵

Contudo, a repartição dos ônus probatórios consubstancia não apenas regra de julgamento, a ser utilizada quando as provas não são suficientes para a formação da convicção judicial, mas também regra de organização da atividade probatória das partes, que permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato.⁵⁶ Tal visão fica ainda mais clara à luz do novo dispositivo legal, deve-se destacar mais uma vez que o NCPC reconhece a possibilidade de remanejamento do ônus probatório desde que por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

É incontestável, assim, a função organizacional do ônus probatório, principalmente tendo em vista a adoção do modelo cooperativo de processo civil, no qual é incentivado o diálogo entre o órgão judicial e as partes.

Nesse sentido, ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁵⁷:

Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. Essa consequência, por outro lado, reforça-se pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual. Ora a ideia de cooperação há de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, mas também a recuperação do caráter isonômico do processo, com a participação ativa das partes. O diálogo assim estipulado substitui com vantagem a oposição e o confronto,

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 266.

⁵⁶ CARPES, Arthur. *Ônus dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 253.

dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. Esse objetivo só pode ser alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.

Há um claro intuito, com o manejo dinâmico do ônus da prova de abrandar a sua função com o regra de julgamento. Isso não quer dizer que o ônus probatório não poderá servir como regra para um julgamento, mas quer dizer que antes de decidir em razão da ausência de alguma prova, o juiz deve averiguar se não existe a possibilidade da prova necessária ser produzida, e possibilitar à partes interessadas a sua produção.

No NCPC, portanto, tendo em vista a visão cooperativa de processo, que incentiva o diálogo entre as partes e a igualdade com o julgador, o ônus da prova, como regra de julgamento, deve ser usado apenas um último recurso.

Não se nega aqui, contudo, a importância da função objetiva do ônus probatório, pelo contrário, esta função de regra de julgamento é uma face inseparável do princípio, ela sempre teve e sempre terá importantíssima posição dentro do processo.

Há, também, a possibilidade de distribuição do ônus da prova mediante convenção das partes, tanto no decurso do processo quando antes, através da realização de acordos pré-processuais. Aqui, após realizado o acordo processual, admite-se uma formação mais estática do ônus probatório durante a fase de instrução, cabendo o seu uso como regra de julgamento sem o exaurimento do manejo dinâmico, tal qual era feito no CPC/73

Todavia, mesmo a convenção entre as partes, no caso de negócios pré-processuais, principalmente à luz do direito do consumidor, é possível a revisão das cláusulas contratuais, quando estas se mostraram excessivamente onerosas para uma das partes.

A exemplo disso, o inciso VI do art. 51 do CPC faz referência expressa de que todas as cláusulas estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor são nulas de pleno direito.

Assim, mesmo diante de convenção, não é defeso ao magistrado promover a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Na fase de organização do processo busca-se, de início, sanar eventuais vícios que possam inviabilizar o julgamento de mérito.⁵⁸ Logo em seguida, com o mesmo objetivo de organização, delimita-se o *thema probandum*, acerta-se o encargo de prova e admite-se ou não os meios de prova postulados pelas partes.⁵⁹

Assim sendo, além de sanar os vícios que possam impedir o julgamento de mérito da causa, o art. 357 do NCPC providencia para que a instrução da causa tenha um endereço certo, com o que visa a informar todos os participantes do processo a respeito da repartição do encargo probatório e das provas a serem produzidas.⁶⁰

Ao contrário do CDC, o NCPC não fala em inversão, mas em distribuição do ônus. Isso quer dizer que sua distribuição não se faz de maneira absoluta e integral, como pode fazer crer o texto consumerista, mas que dizer que o ônus será distribuído conforme as peculiaridades do caso, de forma dinâmica.

⁵⁸ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

§ 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5º Na hipótese do § 3º, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7º O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124

A dinamização significa a flexibilização do esquema estático para permitir a transferência do ônus da prova relativamente apenas a alguma circunstâncias de fato que, por razões de índole técnica ou da sua respectiva natureza, enseja a vedação do direito fundamental à igualdade substancial das partes e do direito fundamental à prova.⁶¹

Tal recurso facilita a solução justa da lide, uma vez que com a dinamização adequada do ônus da prova, impede-se a geração de circunstâncias nas quais uma das partes fica encarregada de produzir a *probatio diabólica*. Deve ser destacado aqui que sobre nenhuma hipótese a dinamização do ônus da prova poderá acarretar uma *probatio diabólica*, ou prova impossível.

A doutrina classifica a prova diabólica como⁶²:

A prova diabólica é aquela cuja produção é considerada com 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.”[...]

Há quem use a expressão para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo.

Sucedem que nem toda prova diabólica se refere a fato negativo – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de vínculo contratual (fato positivo), sem sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica.

Provar uma alegação pode ser impossível para uma das partes, mas comprovar a inveracidade da alegação pode ser uma produção possível para a outra, para situações assim é que existe a dinamização do ônus probatório.

Há, contudo, situações em que a prova é de impossível produção para ambas as partes, neste caso, não é possível simplesmente aplicar tal dinamização, pois não haveria fundamento para a distribuição do ônus.

Para definir qual será sua regra de julgamento, cabe ao juiz verificar ao fim da instrução, qual das partes assumiu o “risco de inesclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável.⁶³

⁶¹ CARPES, Arthur. *Ônus dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 117.

⁶² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 114-115.

⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 116.

A dinamização pode ser um instrumento perigoso quando manejado de maneira inadequada, contudo, encontra-se em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração. Seu fundamento está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma esmerada observação dos deveres de cooperação nos domínios do direito processual civil.⁶⁴

Estimula-se as partes ao encargo de produzir a prova de suas alegações e assim bem instruir o processo a fim de que se alcance uma decisão de mérito justa e efetiva. Para isso, é imperativo que as partes se encontrem adequadamente informadas a respeito de seus encargos processuais a fim de evitar eventuais surpresas no momento da decisão, mantendo a boa-fé processual e a proteção da confiança.⁶⁵

O momento da redistribuição pode ser qualquer, desde que se permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído, ou seja, não pode ocorrer na sentença. Há contudo, consenso de que é mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, conforme preceitua o art. 357, III, do NCPC.⁶⁶

A simples notificação também não é o suficiente para ser legítima a dinamização do ônus da prova. Os encargos fixados nos incisos I e II do art. 373 do NCPC são os que deverão essencialmente nortear a divisão de funções no processo, e na fase decisória, servir como auxílio na fundamentação do juiz. Sua dinamização não pode ocorrer sem grave ofensa à ordem jurídica sem que estejam presentes condicionantes materiais e processuais, previstos nos §§1º e 2º do mesmo artigo.⁶⁷

A decisão que altera o ônus probatório deve ser motivada, em respeito ao §1º do art. 373 do CPC, bem como, ao inciso IX, do art. 93 da Constituição Federal. Deve ser destacado que a nova legislação, em seu art. 489, II, §1º, veta que em sua decisão o juiz utilize conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136

⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 134.

⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 125.

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137

Reconhecido que a produção da prova seja realmente possível por uma das partes, para a correta dinamização deve-se observar também se a parte terá mais facilidade em produzir a prova. A aspiração que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto.⁶⁸

Isso quer dizer que a sua função é, essencialmente, a de buscar a verdade no caso concreto – ou, pelo menos, o mais próximo da verdade o possível. Não é, entretanto, um instrumento para compensar a inatividade de algum dos litigantes. O ônus é distribuído pela lei, mas pode ser modificado em razão de facilidades técnicas, dos litigantes, em produzir as provas. É possível a sua redistribuição quando revelar-se que a obtenção da prova do fato contrário pode ser mais facilmente obtida por uma parte em relação à outra.⁶⁹

Se uma das partes possuía o ônus de provar e não o fez, aplicar-se-á, o ônus probatório como regra de julgamento.

Portanto, não resta dúvida da importância da dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. O novo modelo de Processo Civil Brasileiro se baseia no princípio da cooperação, este princípio, no que se refere às regras da prova, implica em uma série de medidas que deverão ser observadas, tanto pelo julgador, quanto pelos litigantes. São medidas que visam à justa composição da lide e à garantia da segurança jurídica.

⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138

⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 128.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil adotou o modelo cooperativo de processo, pois este é o modelo que expressa melhor a forma de como as partes devem se relacionar no âmbito do processo civil no estado constitucional.

As partes agora devem cooperar com o juiz para conseguir uma decisão justa e correta do processo. Esta decisão justa passa diretamente pela averiguação da verdade dos fatos alegados. O novo modelo processual, manifesto nos deveres de diálogo e de auxílio, permite, assim, um novo entendimento acerca da produção da prova.

O juiz do NCPC tem o dever de dialogar com as partes em grau de igualdade, assim sendo, também tem o dever de auxílio às partes, não como uma forma de beneficiar alguém, mas como forma de alcançar um melhor entendimento sobre a realidade fática.

Do diálogo e do auxílio, é que surge a noção de ônus dinâmico da prova. O novo dispositivo legal passou a permitir a dinamização do ônus da prova nos casos que se identifique a outra parte é a mais adequada para produzir a prova que, originalmente, incumbia à outra.

Contudo, a dinamização do ônus probatório não é uma novidade em absoluto no direito brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor já havia introduzido a possibilidade de distribuição diversa do ônus. Entretanto, o termo utilizado pelo legislador, “inversão”, causa, em várias situações, uma ideia de absolutismo, desvirtuando este instituto que, quando usado corretamente, é uma excelente ferramenta processual.

Espera-se que com os novos princípios positivados no Novo Código de Processo Civil afastem essa ideia possibilitando um melhor diálogo entre as partes, e permita uma produção de provas que vise à solução justa do processo, sem causar incumbências de cumprimento impossível, ou quase impossível.

Além destes requisitos básicos, maior facilidade de produção e inexistência de ônus excessivo, em razão dos princípios básicos do processo civil, como contraditório e ampla defesa, a dinamização do ônus da prova não pode vir como uma surpresa processual.

Isso quer dizer que a distribuição deve, necessariamente, ser feita durante o curso da fase instrutória, de modo a possibilitar que as partes se

desincumbam dos ônus que lhes foram atribuídos. Portanto, vai de encontro com as garantias fundamentais o magistrado que apenas em sentença fizer divagações acerca da flexibilização do ônus de provar das partes.

Respeitados os requisitos legais, uma vez redistribuído o ônus probatório, dada a impossibilidade de ser alcançada a verdade absoluta, ele deverá ser usado como um instrumento de julgamento, decidindo o juiz favorecer a parte que melhor se desincumbiu do ônus. Como já exposto, contudo, sua função essencial está na organização do processo, indicando às partes os seus papéis no desenvolvimento do processo e favorecendo o diálogo judicial, forte no princípio da cooperação, garantindo assim o livre desempenho do contraditório, assim facilitando a obtenção da decisão adequada ao caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

BRASIL. Lei 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: 13 jun. 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo Ano 36, Vol. 198: Revista dos Tribunais, agosto/2011.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.

KNIJNIK, Danilo. *Os “standards” do convencimento judicial: Paradigmas para seu possível controle*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2016

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz. *Curso de Processo Civil Vol. 1 Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Processo Civil Vol. 2 Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MIDIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

_____. *A colaboração como norma fundamental do Novo Código de Processo Civil*. *Revista do Advogado – O novo Código de Processo Civil*. São Paulo: AASP, 2015, nº 126.

_____. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

OLIVEIRA, Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Vol 1*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório as máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.