

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

MARCELO CRISTIANO PENDEZA

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

MARÍLIA
2014

MARCELO CRISTIANO PENDEZA

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL
CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação “Eurípides Soares da Rocha”, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Teoria do Direito e do Estado.

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Orientador:

Prof. Dr. NELSON FINOTTI SILVA

MARÍLIA
2014

PENDEZA, Marcelo Cristiano.

A distribuição do ônus da prova no direito processual civil à luz da Constituição Federal / Marcelo Cristiano Pendeza; Orientador: Nelson Finotti Silva. Marília, SP: [s.n.], 2014.

127 f.

Dissertação (Mestrado Direito) – Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Marília, 2014.

1. Ônus da Prova 2. Direito Processual Civil 3. Direito Processual Constitucional

CDD: 341.464



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

PROGRAMA DE Mestrado em Direito

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecida pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Marcelo Cristiano Pendeza

Título: "A distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil à luz da Constituição Federal".

Linha de Pesquisa: Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica.

Aos vinte e seis dias do mês de setembro de dois mil e quatorze, com início às 11h, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores: Dr. Nelson Finotti Silva, orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr. Luís Henrique Barbante Franzé (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr. José Roberto Anselmo (docente da ITE - Instituição Toledo de Ensino / Bauri-SP), arguiu o candidato, tendo o examinado sido APROVADO, com nota 8,5 (oito e meio). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

Art. 59. O mestrando aprovado terá 30 (trinta) dias, após a defesa, para encaminhar ao Programa 2 (dois) exemplares revisados de sua dissertação, conforme modelo e formato fornecidos pelo Programa e uma versão digital.

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. NELSON FINOTTI SILVA (Orientador)
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. LUÍS HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. JOSÉ ROBERTO ANSELMO
(IES: ITE - Instituição Toledo de Ensino / Bauri-SP)

MESTRANDO: MARCELO CRISTIANO PENDEZA

Marília, 26 de setembro de 2014.

Prof. Dr. Teófilo Muniz de Arêa Leão Júnior
Vice-Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM



Ao eterno Professor Dr. Nelson Finotti Silva

Pela sua sabedoria e grandeza não apenas profissional, mas como ser humano, tornando o prazer em ensinar uma virtude contagiante e transformadora.

DEDICATÓRIA

A Deus, o qual sempre foi meu refúgio e providente nos momentos difíceis.

Aos meus pais, Antonio e Aparecida, pessoas de grandeza inestimável, que me conduziram aos ensinamentos e me prepararam para a vida. Revertto a vocês meus eventuais méritos.

Aos meus filhos, Marcelo Cristiano Pendeza Junior e Leticia Pendeza, nos quais por mais tenra que ainda a idade se apresenta, já demonstraram ser pessoas íntegras e fiéis a Deus, renovando cada dia mais o meu orgulho como pai.

Ao meu amigo irmão, Marcos Oliveira de Melo, o qual contribuiu, e muito, nas minhas conquistas, fortalecendo cada vez mais nossa amizade.

Enfim, agradeço àqueles que, em mim, se fizeram eternos.

“Desistir... eu já pensei seriamente nisso, mas nunca me levei realmente a sério; é que tem mais chão nos meus olhos do que o cansaço nas minhas pernas, mais esperança nos meus passos, do que tristeza nos meus ombros, mais estrada no meu coração do que medo na minha cabeça.”

Cora Coralina

PENDEZA, Marcelo Cristiano. **A distribuição do ônus da prova no direito processual civil à luz da Constituição Federal**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

O estudo de temas processuais à luz do direito constitucional é de salutar importância, haja vista que alguns institutos tem sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos, por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais. O estudo dos direitos fundamentais deve ser orientado por uma visão integral, marcada pela indivisibilidade e interdependência dos direitos clássicos de liberdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos em nossa Carta Maior, bem como pelos valores axiológicos intrinsecamente ligados. A forma de distribuição do ônus da prova no direito processual civil, embora prevista em nossa legislação infraconstitucional, mostra-se ultrapassada com os novos anseios da sociedade, bem como pelos rumos ditados pelo dinamismo social, tendo em vista sua estaticidade exacerbada, imputando a responsabilidade do ônus da prova às formas ditadas pelo artigo 333 do Código de Processo Civil (CPC), sem considerar as peculiaridades de cada caso. Às vezes a parte que está mais apta a apresentar a prova de determinado fato não é aquela regradada pelo artigo 333 do CPC, porém, ante a taxatividade e estaticidade do referido artigo, a prova não é produzida pela inércia daquele que deveria provar, pois está sob o manto da irresponsabilidade legal. A presente pesquisa tem por objetivo uma investigação científica quanto à análise da distribuição do ônus da prova no direito processual civil sob o enfoque constitucional. Traçar a evolução desse desenvolvimento e sua concepção atual, apresentando as dificuldades impostas pelo próprio Estado, bem como os obstáculos que se apresentam durante este árduo caminho e visualizando a necessidade de se tornar flexível a distribuição do ônus probatório previsto no art. 333 do Código de Processo Civil. A pesquisa do tema proposto procura aprofundar o estudo da necessidade de distribuir o ônus probatório à luz dos direitos e garantias fundamentais, notadamente quanto à observância das garantias do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias e princípios constitucionalmente previstos, pilares do devido processo legal, deslocando o ônus da prova àquele que está em melhores condições de provar o fato controvertido, tudo na busca da verdade, constituindo o processo judicial um instrumento efetivo para o alcance da ordem jurídica justa. Corroborando o tema central, o estudo quanto aos poderes instrutórios do juiz para a busca da verdade e aperfeiçoamento da técnica com o raciocínio constitucional, de forma a instrumentalizar o processo, preparando-o para o respeito aos princípios e garantias fundamentais em busca de uma sentença justa. O estudo de novas formas de distribuição do ônus da prova pode resultar novos conceitos e regras que atinjam a nova sistemática processual.

Palavras-chave: Ônus da Prova, Direito Processual Civil. Direito Processual Constitucional.

PENDEZA, Marcelo Cristiano. **A distribuição do ônus da prova no direito processual civil à luz do da Constituição Federal**. 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

The study of procedural law in the light of the constitutional issues is salutary important, considering that some institutes have reduced their effectiveness in effective protection of rights, not to be understood from the perspective of realization of fundamental rights. The study of fundamental rights must be guided by a comprehensive vision, marked by classical indivisibility and interdependence of rights and freedom of social, economic and cultural rights enshrined in our Charter Biggest and by axiological values inextricably linked. The form of distribution of the burden of proof in civil procedural law, although provided in our constitutional legislation, shows up outdated with the new aspirations of society as well as for the direction dictated by social dynamics, given its stateness exacerbated by imputing responsibility the burden of proof to the forms dictated by Article 333 of the Civil Procedure Code (CPC), without considering the peculiarities of each case. Sometimes the party that is best able to provide evidence of a particular fact is not one ruled by Article 333 of the CPC, however, before the taxatividade and stateness that article, evidence is not produced by the inertia that should prove, as it is under the cloak of legal irresponsibility. This research aims at scientific research and the analysis of the distribution of the burden of proof in civil procedural law under the constitutional approach. Trace the evolution of this development and its current design, presenting the difficulties imposed by the state, as well as obstacles that present themselves during this difficult path and you will see the need to become flexible in distributing the burden of evidence laid down in art. 333 of the Code of Civil Procedure. The research of the subject seeks to deepen the study of the need to distribute the evidential burden in light of the fundamental rights and guarantees, especially regarding compliance with the guarantees of access to justice, contradictory, full defense, among other constitutional principles and guarantees laid down, the pillars due process by shifting the burden of proof to him that is in the best position to prove the disputed fact, everything in the pursuit of truth, constituting the judicial process an effective instrument for achieving fair legal system. Corroborating the central theme, the study instructive as the powers of the judge to the search for truth and perfection of technique with the constitutional reasoning, in order to equip the process, preparing you for the respect of basic principles and guarantees in search of a just sentence. The study of new forms of distribution of the burden of proof may result in new concepts and rules that meet the new procedural system.

Key words: Burden of Proof, Civil Litigation. Constitutional Litigation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac. Acórdão
Ag. Inst.: Agravo de Instrumento
Ag. Reg.: Agravo Regimental
Ap.: Apelação
CC: Código Civil
CF: Constituição Federal
CLT: Consolidação das Leis do Trabalho
CPC: Código de Processo Civil
STF: Supremo Tribunal Federal
STJ: Superior Tribunal de Justiça
TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP: Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1 – O PROCESSO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL.....	18
1.1 A Constitucionalização do Direito	18
1.2 A Constituição Federal como base fundamental do sistema legal	20
1.3 A edificação do processo judicial a partir dos princípios constitucionais.....	22
1.4 Direitos e garantias fundamentais: função estatal na efetividade de jurisdição	25
1.5 Direito Processual Constitucional	26
1.6 A distribuição do ônus da prova na Constituição Federal.....	30
CAPÍTULO 2 – ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA PROVA	34
2.1 Aspectos Gerais da Prova.....	34
2.1.1 Conceitos Fundamentais.....	34
2.1.2 Verdade Real e Verdade Formal	36
2.1.3 Certeza e Verdade.....	39
2.1.4 Juiz Espectador ou Protagonista?	41
2.1.5 A busca da verdade e seus limites	45
2.2 Aspectos Históricos da Prova.....	48
2.2.1 A prova nos Primórdios.....	48
2.2.2 A prova sob o fundamento Bíblico.....	52
2.2.3 A prova na Grécia.....	53
2.2.4 A prova no Direito Romano	55
2.3 Aspecto Gerais sobre o Ônus da Prova	57
2.3.1 Noções Gerais sobre o Ônus da Prova.....	57
2.3.1.1 Teoria de Chiovenda.....	59
2.3.1.2 Teoria de Carnelutti	59
2.3.1.3 Ônus da Prova. Obrigação ou Faculdade?.....	60
2.3.2 Da interpretação do ônus probatório – ônus objetivo e ônus subjetivo.....	61
2.3.3 Poderes instrutórios do juiz e disponibilidade do direito material – prevalência do caráter publicista do processo.....	63
CAPÍTULO 3 – DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	67
3.1 A Prova e sua distribuição no direito brasileiro	67
3.1.1 Do caráter publicista do processo e seu conteúdo instrumentalista	67
3.1.2 A distribuição do ônus probatório no processo civil brasileiro.....	71
3.1.3 A estaticidade da distribuição do ônus probatório no sistema atual.....	73
3.1.4 Crítica a estaticidade do art. 333 do Código de Processo Civil.....	76
3.2 Exceções à regra geral de distribuição do ônus da prova.....	78
3.2.1 Uma redistribuição do ônus probatório é necessária.....	78
3.2.2 A distribuição do ônus probatório no Código de Defesa do Consumidor.....	82
3.2.2.1 Pressupostos necessários	82
3.2.2.2 Regras de aplicação da inversão do ônus probatório no CDC – momento processual para a aplicação	86
3.2.3 Teoria da Carga Dinâmica da distribuição do ônus da prova.....	88

3.2.4 Teoria da Carga Dinâmica da prova e inversão do ônus probatório no CDC. Naturezas distintas?	92
3.2.5 Flexibilização do ônus probatório pelos Tribunais	93
3.2.6 Mudanças com o projeto do novo Código de Processo Civil.....	97

CAPÍTULO 4 – A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 A Prova como Direito Fundamental	101
4.2 Uma visão publicista do artigo 130 do Código de Processo Civil	103
4.3 Princípio do Contraditório efetivo e da Ampla Defesa como garantia da igualdade – garantia constitucional do processo justo na correta distribuição probatória.....	106
4.4 O direito fundamental de Acesso à Justiça como prestação jurisdicional adequada – efetividade da norma	109
4.5 O instrumento da distribuição do ônus da prova como fundamento do acesso à justiça – pilares à garantia do devido processo legal	112
4.6 Os fundamentos de Dinamização do ônus da prova no Código Ibero-Americano	116

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a condenação e declaração de culpabilidade por determinado ato ou fato do homem sempre foram baseadas em diversas circunstâncias. Em período remoto, a decisão para a condenação era norteadada pela irracionalidade na obtenção de provas e arremessado o acusado à sua própria sorte, tomando como exemplo as ordálias.

Com a evolução social e jurídica, passou-se da obtenção do meio de prova de forma irracional para o racional. A prova no processo passou a ser o instrumento para a exteriorização do fato pretérito, sendo o sustentáculo para a convicção do julgador para basear sua fundamentação na aplicação do direito substancial.

A evolução do Direito não parou. O Estado instituiu para si o monopólio de julgamento e, embora as decisões sejam fundamentadas nas provas produzidas, a questão quanto à distribuição do ônus da prova também culminou – e ainda culmina – na necessidade de equalizar a disparidade das forças das partes para a correta distribuição de justiça.

A ordem jurídica e prestação jurisdicional justa não se dão apenas pela simples atuação estatal, decorre, também, de um sistema processual que permita a busca da verdade de forma que sejam equilibradas as forças das partes através da melhor distribuição do ônus probatório.

O pós-Segunda Guerra foi marcado pela transformação da organização política das nações e preservação dos direitos humanos, com a aproximação da idéia da democracia com o constitucionalismo; uma das principais referências mundiais dessa conquista foi a Constituição Alemã (1949). No Brasil, foi na Constituição Federal de 1988 que aflorou a idéia do novo constitucionalismo do direito, transformando-o em um Estado Democrático de Direito.

Nossa Carta Maior não apresentou apenas sua substância material, mas arraigou-se em toda uma postura axiológica, untada com os mais variados princípios que vão de norteadores de regras materiais até a caracterização da própria espinha dorsal de todo o sistema.

Com as conquistas do moderno constitucionalismo, nossa Carta Maior migrou para o púlpito mais alto, tornando-se o sustentáculo de todo o sistema jurídico. Além da previsão das garantias e direitos fundamentais, incluiu um apanhado de princípios e regras processuais que são pilares de todo sistema processual.

O processo precisou – e precisa sempre – adaptar-se aos princípios e garantias constitucionais construídos, constituindo, assim, um modelo que atualmente se denomina como “tutela constitucional do processo”.

O estudo em questão demanda, mas não de forma exclusiva, as particularidades do direito processual civil, devendo ser interpretado de acordo com os princípios e garantias fundamentais.

Essa interpretação axiológica do constitucionalismo processual deve refletir nas inúmeras questões processuais, notadamente quanto à distribuição do ônus da prova, tendo em vista que a dinâmica das forças econômicas, notadamente quanto ao avanço do sistema capitalista, em que emergiram forças privadas astronômicas atuantes em oposição ao indivíduo, possuem enorme vantagem devido à sua capacidade processual sobre estes, seja de ordem econômica, cultural, técnica ou qualquer outra.

O art. 333 do CPC determina que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a comprovação dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos de direito, elencando de forma taxativa e objetiva, sem considerar a peculiaridade de cada caso, seja em relação ao objeto, seja em relação à capacidade das partes. O presente artigo possui como pano de fundo seu caráter privatista, ou seja, interesse apenas das partes no deslinde da questão.

Essa disparidade existente não pode ser questão de vantagem em relação ao indivíduo, assim necessita ser equalizada através de uma distribuição probatória harmônica e justa, consubstanciada na igualdade e paridade das armas das partes que discutem a relação jurídica. Isso demonstra que o artigo 333 do Código de Processo Civil não mais é o suficiente com a nova dinâmica processual, pois o êxito da demanda não pode ser conferido ao mais astuto nas artimanhas processuais, permanecendo inerte quando deveria provar, mas àquele que realmente está com a verdade e tenha seu direito protegido pela lei substancial.

Apenas podemos conceber uma decisão justa se a prestação jurisdicional for adequada e consubstanciada aos ditames das garantias e princípios constitucionais, com ferrenha observância aos princípios da inafastabilidade de jurisdição/acesso à justiça (art. 5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, LIII), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), fundamentação das decisões (art. 93, IX), dentre outros.

Em vista desta questão, nosso sistema processual atual possui a forma estática de distribuição do ônus probatório (art. 333 do CPC) e está longe de se revelar satisfatória para os anseios de uma sentença justa, notadamente pelo desequilíbrio gerado em nosso sistema social capitalista.

As ondas renovatórias, notadamente quanto ao constitucionalismo do direito processual, enraízam-se em uma perspectiva instrumentalista do processo, tendo como referencial teórico do presente trabalho Cândido Rangel Dinamarco. Passou-se do caráter privatista do processo para um estado publicista, com plena intervenção estatal no cumprimento dos fundamentos constitucionais, principalmente quanto aos poderes instrutórios do juiz em cada caso, vislumbrando as peculiaridades inerentes.

Muito embora prevista no artigo 130 do CPC a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas necessárias, sua aplicabilidade confronta diretamente com o artigo 333 do mesmo diploma, notadamente quanto à distribuição do ônus probatório estático. Não obstante, a liberdade plena do juiz para fazê-lo, sem o parâmetro legislativo de distribuição do ônus probatório ou mesmo um norte expreso a ser seguido, isso pode corromper o Estado Democrático e ensaiar passos ao autoritarismo.

Em um novo estudo contemporâneo não mais se permite essa passividade do magistrado na instrução probatória, mostrando-se ultrapassado o modelo dispositivo. Para que o Estado concretize seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, reduzindo as desigualdade e promover o bem de todos é necessário que o processo judicial não seja mero pacificador de litígio, mas verdadeiro instrumento de democratização.

Com isso, o papel do magistrado deve ser despido de passividade e protagonista em busca da verdade na contenda existente. Apenas extirpando as incertezas – ou pelo menos afastando-a o máximo possível - é que se chegará a uma sentença justa. Essa nova interpretação do papel ativo do magistrado é muito bem delineada por José Roberto dos Santos Bedaque, o qual será, também, um dos principais referenciais teóricos quanto ao tema.

Dentre as garantias constitucionais, prescinde de olhares voltados à garantia do acesso à justiça. Acesso esse que não se fundamenta apenas no benefício aos mais necessitados a invocar a prestação jurisdicional, mas em uma ordem jurídica justa, em que a prestação jurisdicional baseia-se no princípio da igualdade entre as partes, equalizando as desigualdades entre os litigantes para a garantia do cumprimento aos direitos fundamentais.

O presente estudo apresentará as transformações do Direito contemporâneo sob o fundamento da sua constitucionalização, notadamente quanto ao direito processual, pautado na instrumentalidade e seu caráter publicista.

O instituto do ônus da prova será o tema central do presente trabalho, tendo em vista que é um dos pontos para o estudo da equalização das desigualdades existentes entre as partes.

Um estudo histórico da prova e da distribuição do ônus será pertinente para a demonstração de sua evolução ao longo dos tempos, principalmente na sistemática atual do nosso direito processual.

A regra de distribuição do ônus probatório estatuída em nosso sistema atual é engessada e possui natureza privatista, não se vislumbrando os novos pensamentos modernos da instrumentalidade e efetividade processual na busca por uma decisão justa.

Em leis esparsas (Código de Defesa do Consumidor) já temos avanços inovadores nessa questão, no qual há a inversão do ônus da prova àquele hipossuficiente ou que apresente verossimilhança nas alegações. Essa conquista deu-se após a segunda guerra mundial, devido a existência de blocos econômicos e crescentes redes poderosas da indústria e comércio, apresentando a disparidade de igualdade entre o fornecedor e consumidor. Porém, as regras existentes no Código de Defesa do Consumidor - CDC beneficia apenas as relações de consumo.

Outra importante contribuição foi a construção da Teoria da Carga Dinâmica na distribuição do ônus probatório, apresentando-se como criação doutrinária e com aplicação, inclusive, pelos nossos Tribunais, inicialmente apresentada por Jeremias Bentham e difundida por Peyrano. Essa teoria desloca o ônus probatório da parte inicialmente incumbida para tanto (regras estática do artigo 333 do CPC), imputando para aquela parte que possui melhores condições de provar determinado fato.

No processo civil atual vige a distribuição estática do ônus probatório, sendo de responsabilidade do autor a prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333 do CPC. Não obstante a regra prevista, sua aplicabilidade não se vislumbra no respeito à igualdade das partes, notadamente quanto à garantia constitucional do acesso à justiça. Partes desiguais merecem tratamento desigual. Apenas assim pode-se haver a equalização entre elas, proporcionando uma melhor e correta distribuição de justiça.

O presente trabalho, além de fazer uma abordagem histórica da prova e distribuição do seu ônus, também estabelece um estudo nas novas teorias de distribuição do ônus probatório, inclusive pela aplicabilidade em nosso direito pátrio tanto pelos Tribunais como pelas modificações advindas com o projeto de lei do novo Código de Processo Civil. Essa pretensão encontra guarida com a nova interpretação ativa do juiz na instrução probatória, deixando a plateia para ser um dos precursores – senão o principal – na busca da verdade para uma sentença justa.

A pretensão é de despertar no leitor a necessidade de reflexão sobre a estaticidade da distribuição do ônus probatório atual, com viés no estudo científico para a aplicabilidade das regras processuais da distribuição do ônus probatório em consonância com os princípios e garantias fundamentais, guiados pelas novas teorias e perspectivas processuais.

Apenas em obediência a esses fundamentos constitucionais será possível interpretarmos a regra de distribuição do ônus da prova como permeado de validade, notadamente quanto ao respeito ao devido processo legal e à ordem jurídica justa, pressupostos do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 1 – O PROCESSO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

1.1 A Constitucionalização do Direito

Tem-se por certo que o novo direito constitucional teve como marco histórico o pós-Segunda Guerra Mundial, aproximando as idéias de constitucionalismos e democracia para uma nova forma de organização política denominada Estado Democrático de Direito.

A principal referência desse marco histórico é a Constituição alemã (1949) e, para nós, o ponto referencial dessa constitucionalização do direito ocorreu com o advento da nossa Constituição Federal de 1988, escalonando de um regime autoritário para um Estado democrático de direito.

Na lição de Barroso (2005, p. 1), o marco teórico da constitucionalização teve três grandes transformações: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

No primeiro momento, superou-se o modelo anterior, pois a Constituição era vista apenas como um documento político, sem a normatividade necessária presente nos dias atuais. Eram atribuídas, naquela época, funções essenciais ao legislador e ao administrador para a concretização do conteúdo constitucional, sendo o judiciário o poder em que não se reconhecia o papel relevante na concretização de seu conteúdo.

No segundo, inspirado na experiência americana revelou-se a supremacia da Constituição, ou seja, a expansão da jurisdição constitucional, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, incumbindo-se ao judiciário sua proteção através do controle de constitucionalidade¹.

Em nossa Carta Maior, estabeleceram-se duas espécies de controle de constitucionalidade: o preventivo e o repressivo. No controle de constitucionalidade de forma *preventiva*, o processo ocorre no Poder Legislativo.

¹ Segundo BARROSO (2005, p. 1): “No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental”

Assim, na elaboração das normas é realizado o controle preventivo para impedir que sua criação não ofenda o texto constitucional. Esse controle é atribuído ao Congresso Nacional e suas casas através de suas comissões, conforme dispõe o art. 58 da Constituição Federal. Já o controle *repressivo* é realizado pelo Poder Judiciário, através do qual é declarada a inconstitucionalidade da norma sempre que afronta o mandamento constitucional. O controle judicial é realizado por via direta (controle concentrado – ação direta junto ao Supremo Tribunal Federal, o qual visa a ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma) ou de forma incidental (por via de exceção – onde qualquer pessoa pode, no curso de uma ação e de forma incidental, pleitear que não seja aplicada determinada norma por ser inconstitucional). (ANSELMO, 2006, p. 148/149).

Quanto ao terceiro momento, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, além da interpretação tradicional do direito (hierárquico, temporal e especial), passou-se a reinterpretar a Constituição Federal através do núcleo e princípios existentes, como forma instrumental, conforme ensina Barroso (2005, p. 1):

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (*v. supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Conforme já dito, em nosso país, a constitucionalização deu-se com o advento do constituinte originário em 1988, sendo abordada por ele várias matérias relacionadas, direitos sociais, tributário, financeiro e econômico, processual civil e penal, administrativo, dentre outros.

A interpretação Constitucional no Brasil é realizada não apenas em sua faceta material, mas também através de toda carga axiológica existente nela, repercutindo, especialmente, na constitucionalização do direito processual, manifestando, explicitamente, a instrumentalidade do processo em seu caráter publicista, e não mais privatista.

O Poder Judiciário apresenta papel fundamental na garantia da interpretação jurídica conforme os princípios constitucionais nos escólios de Barroso (2005, p. 1):

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/ tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.

Essa reinterpretação das normas infraconstitucionais através dos preceitos da Constituição alavancou o estudo da instrumentalidade do processo em seu caráter publicista, esvaindo a ideia que anteriormente vigorava com a visão do processo como interesse apenas das partes.

Nessa esteira, o processo angariou fundamentos que garantem seu fundamento público, pois, não é apenas a parte que possui o interesse na demanda, toda sociedade necessita de que os ditames constitucionais, notadamente quanto ao respeito ao acesso à justiça, à ampla defesa e ao contraditório e, por final, a uma sentença justa, sejam fundamentos do Estado Democrático de Direito.

1.2 A Constituição Federal como base fundamental do sistema legal

Uma das grandes conquistas do moderno constitucionalismo é o reconhecimento da Constituição escrita como a base de todo o sistema jurídico de um Estado. Não apenas a Constituição Federal, mas todas as regras infraconstitucionais fazem parte de todo um sistema jurídico, sendo que estas devem manter a harmonia com aquela.

Na mesma sintonia do direito material, o direito processual é regrado de acordo com as garantias e princípios constitucionais, em todos os seus termos, adequando e adaptando as regras processuais aos ditames constitucionais, o que se denomina “tutela constitucional no processo”.

O emprego da força privada para a busca da satisfação da pretensão do indivíduo demonstrou-se desequilibrada com o propósito do direito, proibindo-se a autotutela. Com isso, o Estado passou a fazer parte do sistema processual, atraindo para si o monopólio da prestação jurisdicional.

A natureza do direito processual deixou de ser eminentemente privado e passou a ter um caráter publicista, pois o poder estatal passou a prescindir a autonomia de vontade das partes, conforme ensina Cambi (2001, p. 92):

Com a noção de *sujeição*, o processo deixou, definitivamente, de ser um instrumento privado, opondo-se à ideia da autonomia da vontade, e, com isso, o poder estatal foi colocado no centro das preocupações do direito processual que, desse modo, assumiu uma conotação eminentemente publicista. O processo e os seus resultados passam a se impor independentemente do consentimento das partes. Logo, a noção da ação, em sentido processual, não mais se confunde com a *actio romana*, considerada modernamente, como simples pretensão de direito material. A Ação está voltada contra o Estado, não contra o adversário e tem como objeto imediato a *pretensão* jurisdicional, não o bem litigioso, tanto é que há processo mesmo que, ao final, o juiz considere que o autor não preencheu as condições da ação.

A atuação do Estado no processo se circunda de sua disposição para atuar em busca da justiça, que é um valor social. A prestação da tutela jurisdicional tem sua razão de ser no alcance do resultado de uma decisão justa, através de um procedimento predeterminado, possibilitando uma defesa democrática das partes com a colaboração de todos os envolvidos.

Processo não é sinônimo de justiça, na verdade é um meio utilizado pelo Estado para caminhar em busca desta. Esse mesmo processo está voltado para interesses maiores das próprias partes, pois transcende o interesse individual da satisfação da pretensão (ordem pública).

O Estado não tem interesse tão somente em por fim ao litígio judicial, decidindo em favor de uma parte apenas. Os interesses são maiores e mais complexos, dotados de regras constitucionais que estão acima dos interesses discutidos entre os particulares, tornando-se nitidamente publicista.

Esse poder estatal e seu caráter publicista no interesse de ordem pública estão estampados expressamente em princípios consagrados constitucionalmente, como o da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, LIII), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), fundamentação das decisões (art. 93, IX), dentre outros.

Há de se advertir que a Constituição Federal não é resultado apenas de uma fonte formal de direito, ela também representa uma *reserva axiológica de justiça*, com isso, a interpretação para se alcançar um resultado permite que se realize a justiça, conforme as palavras de CAMBI (2001, p. 95). As garantias constitucionalmente garantidas devem ser respeitadas no processo para ter validada a eficácia e efetividade deste.

Sobre a efetividade das normas constitucionais, Barroso (2006, p. 74) apresenta o conceito material da lei “consistindo no ato jurídico emanado do Estado, com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva.”.

Nesse passo, o processo conduz a atuação do juiz em decidir o caso concreto não simplesmente aplicando a lei cegamente, a decisão deve vir plasmada de uma interpretação dos valores axiológicos em busca de uma decisão justa.

Esse papel exercido pelo julgador é definido na valoração e hierarquização dos princípios e garantias constitucionais a fim de obter a melhor decisão ao caso, com o menor sacrifício possível em detrimento de outros valores². Essa interpretação da legislação infraconstitucional em consonância com as garantias constitucionais é de vital importância para sua validade, conforme ensina Oliveira (2014, p. 7):

Assim, em primeiro lugar, a interpretação deve ser conforme a Constituição, encarada esta de forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva. Vale dizer: o aplicador da norma deve inclinar-se pela interpretação que conduza à constitucionalidade da norma, embora por outra via pudesse considerá-la inconstitucional.

Nesse contexto, os princípios e garantias constitucionais se sobrepõem de tal maneira que, a validade da legislação infraconstitucional deve atender e se curvar a eles, sob pena de invalidação. O direito processual deixou de ser visto a partir de uma leitura apenas da legislação infraconstitucional e passou a ser interpretado e potencializado a partir dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal.

1.3 A edificação do processo judicial a partir dos princípios Constitucionais

Tem-se que as bases constitucionais foram alicerçadas através de conjuntos de valores existentes a cada momento político, econômico ou social da sua criação.

A exegese do positivismo jurídico foi marcante nos fundamentos da burguesia liberal, diminuindo a possibilidade de interpretação do Poder Judiciário, com nítido fortalecimento do parlamento nas decisões tomadas.

² Os termos “o menor sacrifício possível em detrimento de outros valores” consignados no texto não os diminuem ou representa a falta de legitimação de um ou outro valor. Ocorre que, no conflito de valores existentes no texto constitucionais e a cada caso concreto, uns pesam mais que outros, tais como o valor da vida se sobrepõe sobre o valor do direito a intimidade.

Não obstante, por trás da dogmática jurídica, jaziam valores que se tornaram sustentáculos das normas constitucionais. O desenvolvimento da sociedade e a preponderância do conteúdo de valores, enfraquecendo de tal sorte o positivismo legalista, foram fundamentais para a passagem do Estado Social para o Estado Democrático de Direito.

Essa necessidade de valoração da interpretação da norma jurídica, encampada pelos valores que a norteiam (valores moral, ético, etc.), notadamente pelos traumas deixados pela Segunda Guerra, deram legitimidade para aceitação além da forma existente.

O constituinte originário não deixou de lado essa nova fase e propôs e concretizou uma Constituição Federal norteada de princípios³ e direitos fundamentais, conforme ensina Silva, J (1994, p. 17):

Definimos a Constituição como um conjunto de normas e princípios consubstanciados num documento solene estabelecido pelo poder constituinte e somente modificável por processos especiais previstos no seu texto. Revela isso que a Constituição compreende normas e princípios.

O texto constitucional é dotado de valores na forma de princípios constitucionais, os quais possuem natureza abstrata e geral, orientando a confecção de regras.

As normas constitucionais possuem natureza fundamental, angariadas através da evolução dos direitos humanos. Dentre os textos positivados, extraem-se uma série de interpretações que norteiam os valores intrinsecamente inseridos.

Para operacionalização da “função de regulamentador da sociedade”, conforme ensinado por Pozzoli, o Estado é dotado de instrumentos jurídicos que possibilitam ordenar sua própria existência, coordenando toda atividade administrativa (2010, p. 140).

Para se alcançar uma construção na classificação dos princípios com base na Constituição Federal é necessária uma atividade de interpretação, buscando o núcleo valorativo – que podem estar expressos ou não -. Essa atividade é chamada de “atividade construtiva de norma principiológica” (GUILHERME, 2011, p. 58).

O instrumento que se tem para a solução de controvérsias denominado processo judicial também está edificado com os princípios constitucionais em toda sua amplitude,

³ É de rigor apresentarmos a diferença entre princípios gerais de direito e princípios constitucionais, conforme ensina Silva, J (1994, p. 20): “Temos de distinguir entre princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais do Direito Constitucional. Vimos já que os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, «que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte», normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.”

sendo desenhado pelo modelo infraconstitucional processual, sem perder seu norte com os ditames constitucionais.

A Constituição Federal ao construir um núcleo das garantias da sociedade no processo judicial conclui em uma sistematização dos direitos fundamentais processuais. Assim, podemos afirmar que o processo judicial não está imbuído apenas de princípios constitucionais, mas, edificado com os direitos fundamentais processuais.

Considerando que o processo judicial, notadamente quando ditado o direito substancial, ambos devem estar encampados pelos princípios e regras constitucionais, o magistrado, no momento de entregar a prestação jurisdicional, deve adequar as regras processuais ao controle de constitucionalidade das leis.

A essa estrutura garantida pelos princípios constitucionais no âmbito do direito processual dá-se o nome de Direito Processual Constitucional, o qual será estudado em tópico específico.

É de suma importância a observância dos direitos fundamentais como corolário garantidor do poder estatal como político e eticamente legítimo. Essa garantia é erigida no processo nas premissas ditadas pelos princípios constitucionais – expressos ou não. Os direitos fundamentais, mergulhados em princípios ou expressamente previstos, dão sustentáculos ao princípio abstrato do devido processo legal, conforme ensina Dinamarco (2009, p. 36):

A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório – todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal – conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas.

A maneira como ocorre essa mutação para o Estado Democrático, elevando o processo como instrumento de obediência aos preceitos constitucionais, em busca da prestação jurisdicional efetiva, com a sensibilidade de todo o sistema processual, é inerente que ocorram ondas renovatórias, alterando o instrumento em vista das necessidades funcionais que se originam (DINAMARCO, 2009, p. 37).

Com isso e o estudo do presente tema, a dissociação da regra estática a respeito da distribuição do ônus da prova positivada na legislação infraconstitucional não mais encontra guarida nos preceitos encampados pelos princípios norteadores de nossa Carta Maior.

1.4 Direitos e garantias fundamentais: função estatal na efetividade da jurisdição

Conforme já dito, os princípios constitucionais são dotados de normatividade e coercibilidade na aplicação da norma jurídica, imbuídos do espírito das leis, daquilo que é objetivado pelo legislador.

O Direito Constitucional tem como características ser o supedâneo principal de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, de onde se extrai todo o espírito informador de nosso direito pátrio. Nessas premissas, desenvolve-se cada vez mais o denominado “direito processual constitucional”.

A Constituição Federal age sobre o processo a ponto de que deva garantir os princípios básicos para que o processo possa zelar pela observância dos preceitos e garantias que a própria Carta contém, projetando sobre nosso ordenamento pátrio (DINAMARCO, 2009, p. 46).

O legislador originário está instituído do poder estatal na criação da norma legal para reger a vida em sociedade, de acordo com os anseios de cada momento político, histórico e social. Na criação dos textos, o legislador deve preceder com a observância dos ditames constitucionais para a sua validade, notadamente quanto aos valores axiológicos inseridos.

Essa observância dos preceitos garantidores do processo e guarda da Constituição não é atributo exclusivo do legislador, deve ser exercida, também, por todos que atuam no processo judicial, porém, com relevo primordial pelo juiz, pois é ele que dará a interpretação final e cumprimento da norma legal a cada caso concreto.

O direito de ação estampado em nossa Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV), também denominado como princípio da inafastabilidade da jurisdição, possui intrínseco em seu bojo os institutos da sentença e execução, com participação direta do magistrado na interpretação da norma legal. Com isso, podemos concluir que não apenas o direito a julgamento, mas também o direito à efetiva tutela jurisdicional são integrantes e corolários do direito de ação (MARINONI, 2007, p.220).

A efetividade do processo é consequência de um processo justo, com celeridade processual e respeito ao contraditório e ampla defesa, mas, acima de tudo, que proporcione às partes o resultado pretendido pelo direito substancial, conforme ensina Cintra (1999, p. 34):

Para a efetividade do processo, ou seja, para a plena consecução de sua missão oficial de eliminar conflitos e fazer justiça, é preciso, de um lado, tomar consciência dos escopos motivadores de todo o sistema (sociais, políticos, jurídicos: v. supra, n. 4); e, de outro lado, superar os óbices que a experiência mostra estarem constantemente a ameaçar a boa qualidade de seu produto final.

A jurisdição necessita de que a tutela por ela prestada seja eficaz, isto é, não basta apenas o acesso ao judiciário, as garantias devem se estender por toda sistemática constitucional, onde serão respeitados o contraditório e a ampla defesa, o prazo razoável, com garantia de que o vencedor tenha uma sentença justa e que o bem pleiteado seja efetivamente entregue.

Dinamarco (2009, p. 39) assevera que deve ocorrer uma “consciência arraigada da identidade ideológica entre processo e direito substancial”, pois o sistema processual possui certa defasagem em relação às mudanças do direito substancial, com efeito muito mais retardado em relação a esse último.

As mudanças necessárias no sistema processual é, como já dito, não apenas inerente ao legislador, mas ao juiz como intérprete qualificado e legitimado na busca dos valores axiológicos da norma constitucional, considerando o processo como instrumento que busca a justiça e a pacificação social.

1.5 Direito Processual Constitucional

A interpretação, ou melhor, como afirma Gerra Filho (1999, p. 31), a *re-interpretação* do Direito deve ser analisada de forma sistemática, como um todo, e é guiada pelos ditames da Constituição Federal do Brasil.

A compreensão dos institutos do processo civil a partir da hierarquia das garantias e princípios constitucionais possibilita a concretização da democracia processual e a busca pelo justo.

Essa idéia moderna do direito processual constitucional tem como sustentáculo a observação dos valores consagrados em nossa Carta Maior, em prol de valores como a

liberdade e igualdade, que decorrem de outro mais abrangente: o valor justiça (DINAMARCO, 2009, p. 26).

As regras processuais, notadamente quanto aos direitos fundamentais, estão umbilicalmente dependentes das regras e princípios⁴ constitucionais para que adquiram a validade necessária para o mundo jurídico. Tanto é assim que o julgador deve realizar o controle de constitucionalidade nas ações de casos concretos (controle difuso) ou nas situações hipotéticas (controle concentrado).

Didier Jr. (2010, p. 24/25) elenca, de forma não taxativa, algumas características do pensamento jurídico contemporâneo, dentre elas: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser o principal veículo do sistema normativo; b) o desenvolvimento da teoria dos princípios, no qual se reconhece a eficácia normativa; c) a transformação da hermenêutica jurídica, reconhecendo o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; d) expansão e consagração dos direitos fundamentais, o qual impõe um mínimo de conteúdo ético e o respeito à dignidade humana.

A natureza pública do processo como instrumento causador para a realização da justiça não é mais considerado como mero instrumento técnico, mas como instrumento da concretização dos valores da Constituição Federal, conforme ensina Oliveira (2014, p. 2):

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe -se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

⁴ Os doutrinadores fazem distinção entre regras e princípios. Ambos são espécie de normas e adquirem sua distinção pelo grau de abstração. Os princípios possuem alto grau de abstração, enquanto as regras também possuem abstração, porém, de forma relativamente baixa. Após estudo sobre o tema Kátia Patrícia de Araújo (2013 - 13498/13499) apresenta a distinção para a aplicabilidade de cada um: “As regras são normas que proíbem, que impõem ou que permitem. São imperativas, ou seja, não existe meio termo, será, ou não será cumprida. Já os princípios, permitem um balanceamento, uma ponderação. Existe o meio termo. Observar-se-á seus interesses, principalmente seus valores, dessa forma, não são exatos como as regras.”, ainda esclarece: “Portanto, o fato de se dizer que os princípios diferem das regras, não quer dizer que estes não têm força normativa. Muito pelo contrário, são dotados de normatividade. Alguns deles são até mesmo, autoaplicáveis, pois estão positivados na Carta Magna.” Segundo Humberto Ávila (2011, pag. 39), há quatro critérios para distinguir regras e princípios: a) o critério caráter *hipotético-condicional*, o qual fundamenta que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que fundamentam uma decisão, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento; b) critério do *modo final de aplicação* onde as regras são aplicadas de modo absoluto, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual; c) critério do *relacionamento normativo* onde quando existe conflitos entre as regras, a solução é de invalidade de uma, enquanto os princípios não se anulam, mas são ponderados entre si; d) critério *fundamento axiológico*, onde nos princípios são utilizados os fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada, ao contrário das regras.

Na busca pela efetivação dos direitos fundamentais e pelo reconhecimento amplo do acesso à justiça e às garantias processuais elevadas a garantias constitucionais, passou-se a realizar uma leitura processual constitucional, notadamente em observância ao respeito à dignidade humana. As garantias estampadas na ordem constitucional devem ser amplas e vigorosamente observadas pelo processualista moderno no contexto processual, conforme ensina Dinamarco (2009. p. 27):

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o *microcosmo democrático* do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.

Em seu corpo, nossa Constituição traz uma série de normas⁵ processuais que emergem princípios que orientam todo direito processual. Dentre eles podemos citar os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. É certo que não há como isolar o princípio do devido processo legal como o único e necessário para um processo justo, deve ele ser considerado em consonância com elementos essenciais a ele, tais como: um juiz imparcial, decisão fundamentada, contraditório e ampla defesa, acesso à justiça, dentre outros.

O estudo das relações entre processo e Constituição se bifurca no sentido Constituição-processo, em que aquela tem seus princípios como regentes deste, e o sentido processo-Constituição, voltado ao controle de constitucionalidade das leis.

O direito processual constitucional não se trata de um ramo autônomo do direito, mas sim de uma visão científica, do qual se examina o processo nas relações com a Constituição Federal.

Cintra, Grinover e Dinamarco (1999 – p. 79) estabelece que o processo sofre influência não apenas de fatores históricos e sociológicos, mas também de fatores políticos encartados em nossa Carta Maior, assim descrevendo:

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a

⁵ A expressão *norma* aqui tratada reside na interpretação dada por Humberto Ávila (Teoria dos Princípios) onde faz a diferenciação entre norma, dispositivo, regras e princípios. A norma aqui expressada é no sentido construído a partir da interpretação sistemática dos textos normativos considerados em seu conjunto, ou seja, no resultado da interpretação.

história, a sociologia e a política não de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico.

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno *processo* e de seus princípios.

Essa jurisdição constitucional tem como característica a instrumentalidade do sistema processual, garantindo a ordem social, econômica e política. O processo como instrumento dessa ordem constitucional não visa apenas à garantia de um julgamento, mas também à segurança da obediência às normas jurídicas, notadamente aos princípios e às garantias constitucionais.

A força normativa que garante a supremacia da Constituição Federal sobre todas as outras normas não se resume apenas à orientação do Direito. A imperatividade dos princípios constitucionais possui implícito núcleo social, jurídico e político.

Assim considerada como norma vinculante, a Constituição define o Estado delineando seus limites e objetivos a serem alcançados em prol de toda a sociedade, e que, como parte deste contorno pretendido, está o sistema processual dotado de garantias constitucionais e princípios que regem toda a otimização de suas regras, conforme ensina Guilherme (2011, p. 43):

É nesse contexto, o qual vincula a superioridade hierárquica pressuposta da Constituição com sua força de conformação da realidade e a estrutura garantística das relações entre o Estado e seus cidadãos (*Rule of Law*), que se deve analisar a relação entre a Constituição, os direitos fundamentais (que devem ser respeitados no processo), os princípios e garantias processuais nela constantes, as normas processuais infraconstitucionais presentes no ordenamento e as decisões judiciais nessas fundamentadas.

Mais adiante o mesmo autor acrescenta (2011, p. 44):

Para tanto, não se pode esquecer que todos os ramos do Direito, notadamente o do direito processual, *vinculam-se* à Constituição, de sorte que é a Carta Política que fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro. A conexão entre tais ditames principiológicos constitucionais e as demais normas é inexplicável.

Portanto, a dependência das normas infraconstitucionais com a Constituição Federal é inerente à validação de sua eficácia, notadamente com respeito aos direitos fundamentais.

1.6 A distribuição do ônus da prova na Constituição Federal

O conhecimento dos institutos processuais é de extrema importância para que se alcance o efetivo conhecimento das relações jurídicas encarnadas nos processos judiciais. O processo de evolução histórica da prova se deu em vários momentos e geografias diferentes, partindo de uma fundamentação ilógica para uma fundamentação racional.

É certo que os estudos dos institutos processuais devem ser interpretados como construção histórica, sem com isso perder de vista as concepções atuais e, principalmente, voltada ao modelo de processo previsto em nossa Constituição Federal, considerando toda sua carga axiológica.

E ao realizar a aplicação do Direito como base única e formal da lei, sem com isso observar a análise de valores sociais, éticos e políticos, está-se adotando o positivismo jurídico, em que o Direito se resume a mero comando, estampado na regra expressa, com o monopólio de ditar a regra formal ao fato concreto, sendo o juiz apenas o denominado “boca da lei”.

Porém, o Direito não é e não pode ser considerado uma ciência exata, muito pelo contrário, suas regras e construções são ditadas pelos movimentos, momentos e geografias de cada local.

A evolução das Constituições modernas e do Direito em si transcendeu o monopólio da produção do Direito que era do Legislativo – o qual ocorreu na fase do positivismo jurídico - concretizando o poder da hermenêutica jurídica com a interpretação das leis.

A evolução e transformação do Estado Social para o Estado Democrático de Direito traz consigo valores recuperados, emergindo o conteúdo às formas jurídicas liberais (GUILHERME, 2011, p.. 55).

Busca-se uma interpretação do texto normativo muito mais além da formal, mas seu alcance através dos valores em que foi projetada. Com isso, os elementos que fundamentam essa interpretação encontram-se estruturados na Constituição Federal de cada Estado. E é nela que se encontram as bases e fundamentos para as demais normas constitucionais.

A Constituição Federal não descreve literalmente um modelo processual como um cronograma ou um gráfico a seguir – essa obrigação tem a legislação infraconstitucional, porém, é fornecido por ela os parâmetros a que deve fundar todo o processo judicial em observância aos direitos fundamentais, conforme ensina Bueno (2010, p. 88):

Se a ênfase do constitucionalismo atual é justamente o asseguramento dos direitos fundamentais (na Constituição brasileira, vale o destaque dos arts. 1º, III, e 3º), o direito processual civil como um todo e, em particular, o próprio processo, como mecanismo de atuação do próprio Estado Democrático e de Direito, não podem ficar aquém deste desiderato constitucional. [...] o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional.

Os valores incorporados no texto constitucional são exteriorizados na forma de princípios, que buscam a prescrição para determinar a conduta do homem, bem como orientar as regras submissas à Carta Maior.

Esses textos são a exteriorização de inúmeras considerações geradas pelo legislador ao longo de todo um processo formal e complexo. Nesse passo, não são construídos a partir de um destinatário individual ou um caso específico, não se caracterizando como uma descrição previamente encaixada, pois, estão circundadas por inúmeros valores que compõem todo o texto normativo.

Ávila (2011, p. 30) deixa bem claro a distinção dos textos normativos (dispositivos) e normas, assim explanando em seus ensinamentos:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

A legislação infraconstitucional, notadamente processual que é o estudo em tela, é interpretada de acordo com seu enunciado lógico, porém, mesmo as que possuem um enunciado cristalino, devem obediência às normas constitucionais. Estas, por sua vez, também estão circundadas por princípios e garantias que conduzem a uma interpretação sistemática de toda Carta Maior.

Como exemplo dessa interpretação sistemática das normas podemos analisar o princípio do devido processo legal onde possui enunciado cristalino, porém, não podemos interpretá-lo sem com isso levar em consideração as demais garantias existentes na Constituição Federal, tal como o da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV), juiz natural (art. 5º, LIII), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), fundamentação das decisões (art. 93, IX).

A distribuição do ônus probatório, embora não previsto em nossa Constituição Federal como princípio ou garantia, está embasada sob o supedâneo de outros princípios e garantias constitucionais, notadamente quanto à observância dos princípios constitucionais do processo justo, do acesso à justiça, da efetividade do processo, dentre outros não menos importantes, porém, que são sustentáculos para o devido processo legal.

No magistério de Rosemberg (2002, p. 80), a distribuição do ônus da prova é “a espinha dorsal do processo civil”, assim ensinando:

Un examen detenido puede llegar a mostrar que esta importancia es aun más amplia de lo que por lo común se supone, aunque tal vez el efecto en que se piensa en primer lugar – el efecto sobre la actividade procesal de las partes – haya sufrido cierta atenuación gracias al principio de la apreciación libre de la prueba. Por eso, quizá se diga demasiado al sostener que "la imposición de la carga de la prueba equivale a la mitad de la pérdida del proceso", pero es correcto afirmar que la teoría de la distribución de la carga de la prueba es "la espinha dorsal del proceso civil".⁶

A Constituição Federal não predetermina uma forma a ser seguida para realizar a distribuição do ônus probatório, porém, as garantias e princípios constitucionais entregam o norte ao intérprete para que conduza a uma distribuição do ônus probatório ditado pelo processo civil e que alcance o objetivo final da prestação jurisdicional: sentença justa.

Não podemos pensar em uma sentença justa se o acesso à justiça foi obstado. Esse acesso à justiça não se dá apenas pela impetração da parte em juízo. O acesso à justiça é preservado quando são observadas as garantias constitucionais no processo e respeitadas as disparidades entre as partes na relação processual.

O contraditório é observado para a garantia da manifestação da parte nos atos processuais. A ampla defesa não se dá apenas para que a parte se defenda. Deve ela ser garantida de forma que a parte consiga ter realmente a possibilidade de defesa.

Com isso, nossa Constituição Federal estampa garantias e princípios que asseguram uma decisão justa – ou pelo menos oferece meios para tentar chegar a ela. Portanto, toda legislação infraconstitucional deve guardar respeito a esses princípios e garantias.

⁶ Tradução livre: “Um exame atento pode começar a mostrar que essa importância é ainda mais ampla do que comumente se supõe, embora talvez o efeito que se pensa em primeiro lugar - o efeito sobre a atividade processual das partes – haja sofrido alguma atenuação graças ao princípio da livre apreciação da prova. Então, talvez não é demais dizer que ‘a imposição do ônus da prova é a metade do processo’, mas é correto dizer que a teoria da carga distributiva da prova é ‘a espinha dorsal do processo civil’.”

Assim é o instituto da distribuição do ônus da prova. Deve o intérprete distribuir analisando sempre em conformidade com a disparidade existente entre as partes e a garantia da real possibilidade de ampla defesa.

Não obstante, o Código de Processo Civil traz consigo a regra de distribuição do ônus probatório em seu artigo 333. Quanto à obediência ou não aos princípios e garantias constitucionais estudaremos nos próximos tópicos.

CAPÍTULO 2 - ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA PROVA

2.1 ASPECTOS GERAIS DA PROVA

2.1.1 Conceitos Fundamentais

O vocábulo “prova” tem origem no latim *probatio*, o qual se refere a ensaio verificação, inspeção, exame, argumento.

Conforme ensina Melendo (1978, p. 33), o significado da palavra “prova” corresponde a honrado, honesto, ou seja, aquilo que corresponde à realidade, assim descrevendo:

*[...] prueba, como la mayoría de las voces, llega a nuestro idioma procedente del latín; en el cual, probatio, probationis, lo mismo que el verbo correspondiente (probo, probas, probare), vienen de probus, que quiere decir bueno, recto, honrado. Así, pues, lo que resulta probado es bueno, es correcto, podríamos decir que es auténtico; que responde a la realidad.*⁷

Para Bentham (2001, p. 15), a *prova* tem por fundamento partir-se de um fato tido como verdadeiro para se chegar a outro fato provando sua existência ou não, assim definindo: “[...]¿Qué es una prueba? En el más amplio sentido de esa palabra, se entiende por tal un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de outro hecho.”⁸

Carnelutti (1979, p. 38), antes do conceito jurídico, apresenta o conceito comum da prova: “En el lenguaje común, *prueba* se usa como *comprobación*, de la verdad de una proposición;”⁹

Em referência ao conceito jurídico, Carnelutti (1979, p. 43) assim expõe:

[...] Ahora bien: en El campo jurídico, La comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de La búsqueda de su verdad, sino de los procesos de fijación formal, cuyo concepto esencial

⁷ Tradução livre: “Prova, o que significa bom e certo, como a maioria das palavras em nossa língua provem do latim, na qual, *probatio, probationis*, o mesmo que o verbo correspondente (honesto, Probas, prova) vem honrada. Assim, então, o que resulta provado é bom, é correto, poderíamos dizer que é autêntico, que responde à realidade.”

⁸ Tradução livre “O que é uma prova? No sentido mais amplo da palavra, é entendida como um fato supostamente verdadeiro que se presume e deve servir de fundamento de credibilidade sobre a existência ou inexistência de outro fato.”

⁹ Tradução livre: “Na linguagem comum de prova é usado como prova da verdade de uma proposição;”.

intente ilustrar más arriba y cuyas formas principales trataré de ilustrar en seguida, Si la ley comprende tales procesos bajo el nombre de prueba, ello significa que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados.¹⁰

A exigência da prova em determinado fato é a busca da verdade daquilo que não presenciou. Isso é o que também ocorre no processo judicial. Quando há apresentação de fatos opostos, faz-se necessário a sua prova para se ter um pronunciamento judicial de acordo com a verdade. O julgamento não pode ser baseado na convicção subjetiva do julgador em relação aos fatos, tendo em vista que as suposições e impressões pessoais sempre estarão à mercê do erro.

Malatesta (2005 – p. 87) ensina que a prova é caracterizada pelo meio objetivo e exterioriza a verdade, assim afirmando:

Como as faculdades perspectivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são um modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.

Com o caráter objetivo trazido pela prova dentro do processo, o elemento subjetivo gera o espírito da convicção do julgador na apreciação do fato existente ou não, ou seja, a prova, em seu caráter objetivo, precede o elemento subjetivo, tendo em vista que a prova no processo gera a convicção para o julgamento de acordo com a verdade. Assim, o juiz deve se convencer pelos motivos convergentes no deslinde processual e afastar os motivos divergentes.

Cambi (2001, p. 48) apresenta uma noção tripartida da prova, como: a) *atividade*, ou seja, a prova como instrução para a reconstrução de fatos para possibilitar a dedução das pretensões; b) *meio*, sendo a condução para o conhecimento e convencimento do julgador

¹⁰ Tradução livre: “Agora, no campo jurídico, a determinação dos fatos em disputa, o juiz não pode derivar de encontrar a sua verdade, mas os processos formais de fixação, para tentar ilustrar o conceito essencial acima e cujo principal maneira tentar ilustrar então, se a lei inclui tais processos em o nome da prova, isso significa que o conteúdo real da palavra na linguagem jurídica é alterada e deformada. Provar, com efeito, não significa demonstrar a verdade dos fatos discutidos, mas determinar ou fixar os fatos formalmente em si através de certos procedimentos.”

sobre a existência ou não de fatos; c) *resultado*, que é a valoração do magistrado que conduz, através de questões objetivas e subjetivas, a sua convicção.

Cintra (1999, p. 347) define a prova como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos.”

Tem-se a prova como instrumento para a reconstrução de fatos trazidos no processo, onde o magistrado irá formar sua convicção para a busca da verdade.

No direito brasileiro, uma vez trazida a prova para os autos, pouco importa quem as trouxe, pois vige o princípio da comunhão das provas. Uma vez produzida a prova no processo ela não pertence à parte, mas sim ao juízo (PORTANOVA, 2001, p. 217).

Uma vez produzida a prova, ela gerará seus efeitos assim mesmo. A comunhão das provas decorre da própria função do instituto dentro do sistema processual, qual seja, a de convencer o juiz sobre a verdade de determinado fato.

Embora difícil - e muitas vezes inalcançável o conhecimento da verdade absoluta – é através da prova que se direcionará e fundamentará o magistrado na sua decisão.

2.1.2 Verdade Real e Verdade Formal

Conforme já dito, a prova é o instrumento para que se alcance a verdade e, com isso, se concretize uma decisão justa. Como o magistrado é terceiro e ausente ao fato quando ocorreu, deve reconstruí-lo através da atividade probatória processual, emergindo, assim, a comprovação ou não das alegações prestadas. Como a reconstrução é realizada através de critérios objetivos e subjetivos de um terceiro, as certezas geradas dificilmente serão exauridas completamente, pois a produção das provas tem por finalidade a aproximação do fato verdadeiro.

Muito se discute a respeito da verdade real e verdade formal dentro do processo. A primeira se desencadearia a que resulta do processo, podendo, inclusive, não corresponder com os fatos realmente acontecidos. Enquanto a segunda seria a verdade pura dos fatos, que guarda correspondência com eles.

A distinção entre verdade formal e verdade real foi por tempos defendida com correspondência entre os ramos do Direito: o Direito Penal e Direito Trabalhista com o escopo da busca pela verdade real, ou seja, aquela que realmente corresponda aos fatos, não bastando apenas a prova formal. Já no Direito Civil a busca pela verdade se limitava às

resultantes do processo, independentemente se não encontrar exata correspondência com os fatos, ou seja, o que prevalece é a verdade formal.

Essa distinção era justificada pela proteção ao objeto tutelado no processo, onde os interesses e bens em jogo na seara civil seriam menos relevantes que a proteção encampada nos demais.

O fato é que não existem duas verdades ou meias verdades. O fato é verdadeiro ou não. O processo judicial está sempre coligado com o conceito e busca da verdade, pois, através da busca da verdade dos fatos é que se aplica o direito para se alcançar uma decisão justa.

A busca pela verdade através da prova é baseada no raciocínio do magistrado em um conglomerado de critérios objetivos e subjetivos a serem perseguidos dentro dos limites razoáveis. E com isso, o resultado probatório chegasse o mais perto possível da verdade para aquele que não presenciou o fato (o juiz), porém, através da atividade, ele o reconstrói.

Embora tenham havido discussões, tem-se por certo que não existe meia verdade: ou é verdade ou não, assim como ensina Silva, N (2002, p. 17/21):

Em primeiro lugar, não há como subsistir a divisão em verdade real e formal, a verdade é uma só, não há meia verdade ou verdade aparente, só pode existir uma verdade e esta deve ser perseguida pelo juiz, pois só assim, poderá se aproximar de um ideal de justiça por todos perseguido. Em segundo lugar, alcançar a verdade real não passa de utopia, a substância da verdade é inatingível.

Assim também ensina Cambi (2001, p. 72):

A distinção entre verdade material e processual não tem razão de ser, seja porque não se pode afirmar que a verdade do processo seja ontologicamente diversa da verdade histórica ou do mundo real, seja porque não se pode sustentar que a verdade material (ou pertencente ao mundo externo) está excluída do âmbito da fenomenologia processual. A verdade processual e a verdade de fora do processo são sempre uma, o que difere as técnicas e os métodos para o seu conhecimento, não podendo ignorar *a priori* que os mecanismos processuais, mesmo que limitado contextualmente, possa vir a conhecer a realidade empírica dos fatos.

A certeza alcançada no processo, através dos meios probatórios, o que se entende pela convicção do magistrado, mesmo que não em sua totalidade, mas no seu grau elevado, gera a conclusão da verdade. Na nova concepção, os doutrinadores modernos não traçam distinção entre verdade formal ou verdade real, conforme ensina Arenahart (A verdade e a prova no processo civil. p. 6):

Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando esta diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a estes método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana — como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais — pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas.

A verdade produzida no processo é uma VERDADE tão somente, haja vista que não se pode coexistir duas verdades ou meia verdade. A busca pela verdade (anteriormente denominada verdade real) é uma conseqüência natural do caráter publicista do processo (PORTANOVA, 2001, p. 199).

Para se resultar na verdade dos fatos, se extrai através das provas produzidas no processo, onde se prova – ou tenta provar – os fatos como realmente aconteceram. Cabe às partes a produção das provas testemunhais, documentais, periciais, etc.

Não obstante a atividade das partes, o magistrado também tem seu poder para buscar a verdade, determinando a realização de provas necessárias e indeferindo a produção das inúteis, conforme preconiza o art. 130 do CPC. Nesse diapasão, também apreciará livremente a prova produzida, de acordo com o princípio do livre convencimento apresentado no art. 131 do mesmo diploma processual, assim descritos:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Registra-se que, conforme ensina Portanova (2001, p. 197), o princípio do livre convencimento do juiz não está distribuído entre os princípios que norteiam os princípios probatórios. Está ele muito mais próximo dos princípios da motivação e da persuasão racional, atrelados pelos princípios que norteiam a sentença.

Não obstante, a verdade não pode ser reduzida. Ela é una no processo e considerada apenas como verdade, sem distinção de formal ou material. Agora, embora seja a verdade provada nos autos que o juiz irá fundamentar sua decisão, sua convicção está longe da certeza dos acontecimentos narrados.

Essa diferença entre a certeza e a verdade é admissível na fundamentação e salutar para os limites da investigação, tendo em vista que é árduo, e muitas vezes impossível, conhecer a verdade como uma certeza absoluta dos fatos ocorridos.

2.1.3 Certeza e Verdade

A busca da verdade no processo é corolário para o bom desempenho da aplicação do direito material, bem como para que a decisão seja a mais justa possível. O objetivo fundamental da jurisdição é a atuação da vontade concreta do direito, e que é atingido esse escopo através da descoberta da verdade sobre os fatos apresentados na *lide*.

A verdade, no interregno processual, é uma questão intimamente ligada à instrução probatória, nela incluída a produção de provas testemunhais, documentais, periciais, dentre outras.

A função do magistrado no processo jurisdicional é a aplicação do direito ditado pelo legislador ao caso concreto, o chamado *juízo de subsunção*. Para isso ele deve eliminar as controvérsias existentes e buscar a realidade fática, tendo em vista que é pessoa estranha aos fatos e necessita de reconstruí-los para adequar e aplicar o direito substancial.

O resultado da eliminação de controvérsias existentes no processo e a maior correspondência possível da reconstrução da realidade fática para aplicação do direito substancial terá como consequência uma decisão com maior possibilidade de se fazer justiça.

A questão que se tem é se a verdade alcançada pelo julgador está imbuída de certeza. Malatesta (2005, p. 25) faz a diferenciação entre a verdade e a certeza, assim prescrevendo:

A Verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem: por vezes, tem-se certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. E a mesma verdade que aparece certa a uns, a outros parece duvidosa, e, por vezes, até mesmo falsa a outros.

Dinamarco (2009, p. 279) explana que a certeza é alcançada quando são afastados todos os motivos divergentes, assim ensinando:

A *certeza* é outro dogma, zelosamente guardado e cultivado entre os juristas e na teoria do processo. Ela tem muito a ver com a verdade, da qual constitui

manifestação subjetiva. Considera-se que existe certeza quanto a determinada proposição, quando a mente afasta todos os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziram a desacreditá-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes; [...].

Ter a certeza plena é tarefa difícil, dificultando, e muito, a atuação do julgador para alcançar o momento exato para proferir a sentença. Porém, a certeza absoluta não pode ser empecilho para proferir o julgamento, caso contrário o processo pode durar *ad eternum*. O mesmo autor também ensina (2001, p. 81): “A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis.”.

Sem adentrar na seara religiosa ou jurídica da questão, citamos alguns exemplos que diferenciam a verdade da certeza de outrora. No Holocausto houve a certeza (certeza de Hitler e seus seguidores apenas) de que os judeus e outros “indignos de viver”¹¹ deveriam ser erradicados pelo bem da população ariana. Isso não quer dizer que estavam com a verdade, ou mesmo que as mesmas pessoas – parte ou todas – que apoiaram o holocausto hoje diriam a mesma coisa.

Para se ter a ideia de verdade não basta apenas conhecer a parte, deve-se conhecer o todo. Apenas temos o conhecimento de que é uma rosa a partir do momento que conhecemos outras flores.

A grande preocupação entre ambas é que a reconstrução de fatos passados vem sempre influenciada por questões subjetivas; seja daquele que apresenta sua verdade da maneira que entende e seu critério de discernimento; seja para aquele que interpreta a reconstrução dos fatos.

O juiz não é nenhum Deus que possui poderes divinos para ter a certeza e a verdade em suas mãos. Mas deve ser capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado de forma racional e como agiria qualquer outra pessoa de racionalidade mediana, conforme ensina Malatesta (2005, p. 54/55):

Ora, é importante para a noção do convencimento judicial acrescentar que as razões que o determinaram devem ser de natureza tal que criem a convicção em qualquer outra pessoa razoável, a quem sejam expostas.
O convencimento não deve ser, em outros termos, fundado em apreciações subjetivas do juiz; deve ser tal que os fatos e provas submetidos a seu juízo,

¹¹ O termo “indignos de viver” foi utilizado pelos nazistas para aquelas pessoas que, segundo a ideologia nazista, não eram dignos de viver. Desses eram considerados indignos de viver: doentes mentais, deficientes físicos, judeus, homossexuais, etc.

se o fossem, desinteressado ao de qualquer outro cidadão razoável, deveriam produzir, também neste, a mesma convicção que naquele.”

Ainda sim, a prova não tem o condão de trazer a verdade tal qual como é, nem mesmo a certeza do fato, porém, deve vir permeada de elementos de probabilidade de como ocorreu.

A probabilidade “[...] é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é menos que a certeza, [...]” (DINAMARCO, 2009, p. 281/282).

O juiz não necessita da certeza para julgar – até mesmo pela impossibilidade absoluta em alguns casos de se tê-la -, deve ele estar imbuído e convencido em sua consciência, conforme ensina Calamandrei (1999, p. 271/272):

Pode ocorrer que desse modo o julgador, depois de haver feito tudo quanto nele estava para conseguir a verdade, consiga mediante o sentimento pôr em paz sua consciência; mas isso não tira para que a conclusão do juízo, mesmo quando ele com seu ato de fé consiga senti-la como certeza tranquilizadora, continue sendo, razoavelmente valorizada, só um juízo mais ou menos aproximativo de verossimilitude. Inclusive é fácil advertir que a margem de aproximação varia de um caso a outro, segundo os meios de prova de que tenha podido se servir o juiz para chegar à decisão: se o juízo se fundamente numa confissão com todas as aparências de verdadeira, a margem de incerteza é menor que o que fica se o juízo se fundamente em simples presunções; e pode haver até certos casos, como o do processo que se encerra com o juramento decisório, em que o juiz se veja constringido a decidir aquele modo apesar de que na sua consciência persista a suspeita, e acaso até a convicção, de que o vencedor tem jurado em falso.

Essa ausência de certeza absoluta sobre determinado fato talvez não seja a melhor maneira de decidir, porém, a atividade jurisdicional não pode deixar de julgar o conflito (*non liquet*). Essa atividade do juiz, mesmo suprimido de uma certeza, encontra guarida no momento que a sentença passa a ser coisa julgada, tendo em vista que, com ela, cria-se a certeza jurídica.

2.1.4 Juiz Espectador ou Protagonista?

A atividade judicial na busca pela solução do conflito por meio da jurisdição é destinada para eliminar as crises de direito material.

As regras são criadas porque a sociedade necessita delas para alcançar a verdadeira paz social, seja através do cumprimento voluntário dessas regras, seja através da condução coercitiva do Estado.

O juiz é agente estatal com a função de decidir segundo as escolhas da própria sociedade. Essa escolha se dá cominando o julgamento conforme o direito substancial, que, por sua vez, é norma expressa de acordo com a vontade social.

O texto normativo é geral e abstrato, é a vontade da sociedade e do Estado positivada nas leis. Esses preceitos abstratos são situações hipoteticamente previstas de fatos absolutamente claros que são aplicados ao caso concreto. Portanto, o direito objetivo descreve as situações hipoteticamente previstas, as quais terão sua projeção a partir de seu acontecimento, conforme ensina Rosenberg (2002, p. 15):

El derecho objetivo, como ordenamiento de las relaciones exteriores recíprocas de los hombres, se refiere a acontecimientos exteriores cuya realizacion se imagina. Parte, pues, de un estado hipotético de las cosas que formula en abstracto, pero, claro está, sólo quiere ver cumplido el mandato que contiene la norma abstracta, cuando aquel estado de las cosas ha llegado a ser una realidad concreta, o bien, dicho con otras palabras, cuando el acontecimiento exterior del que el ordenamiento jurídico hace depender su mandato, ha ocurrido realmente.¹²

O canal de comunicação entre a norma e o caso concreto é o juiz, com o qual combina ou simula o fato devidamente provado (caso concreto) ao texto legal (direito substancial).

As partes apresentam suas pretensões e resistências em juízo, as quais se dirimem com a sentença final no processo. Em nosso sistema estático de distribuição do ônus da prova a divisão de ônus e faculdades estão expressamente descritos no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Acontece que a atividade (ou ausência dela) pela parte pode obstar a que se alcance uma decisão justa. Com isso, o juiz, como mero espectador, vislumbra apenas o desfile de atos processuais marchando à sua frente. Nessa esteira, a atividade do juiz inerte corrobora por uma decisão exclusivamente de interesse da parte, sem considerar a busca da verdade e justiça na decisão.

¹² Tradução livre: “O direito objetivo como sistema exteriores de relações recíprocas dos homens, refere-se a eventos cuja realização exteriores imaginar. Portanto, pois, parte de um estado de coisas hipotético feitas em abstrato, mas, é claro, só quer ver cumprido o mandato contido na norma abstrata quando esse estado de coisas tornou-se uma realidade, ou, em outras palavras, quando o evento externo que o sistema legal depende de seu mandato, realmente ocorreu.”

Essa atuação engessada do juiz não mais tem razão para aqueles que consideram o caráter publicista e instrumentalista do processo. Sua atuação como espectador não mais se justifica, deve o magistrado atuar de forma enérgica e atuante na atividade jurisdicional, notadamente quanto à busca pela verdade para alcançar uma decisão justa, conforme ensina Dinamarco (2009, p. 235/236):

E a manutenção do clima de segurança exige também o respeito à legalidade no trato *do processo* pelo juiz. No de conhecimento, ele tem condições de influir no teor da decisão que virá; no executivo pode influir no bom ou mau êxito dos resultados práticos visados, maior sacrifício para o devedor; em ambos, depende dele em boa parte a presteza da obtenção dos resultados. **Por isso é que, se de um lado no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade.** (grifo nosso)

A busca da verdade se dá através da reconstrução de fatos para se chegar o mais perto possível da verdade. Essa reconstrução de fatos é realizada através da atividade probatória. O mesmo autor também considera o empenho do magistrado como fator de preocupação para observância para o devido processo legal, assim ensinando (2009, p. 236):

Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apego às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro lado, com a preocupação pela integridade do *due processo f Law*, que representa penhor de segurança aos litigantes.

Considerando o caráter publicista do processo, a atividade probatória não se limita apenas ao ônus das partes, pode (e deve) o magistrado ter iniciativa probatória, também, em busca da verdade e efetividade da justiça, conforme ensina Bedaque (2013, p. 10/11):

Para quem considera a jurisdição atividade destinada a eliminar as crises de direito material com justiça, mediante atuação das regras do ordenamento jurídico, não pode aceitar o domínio das partes sobre o instrumento pelo qual ela atua. A visão publicista do fenômeno processual é incompatível com a figura do juiz espectador, para quem o resultado do processo está relacionado ao desempenho da parte e de seu representante legal.

Essa iniciativa probatória do magistrado tem por fundamento fornecer meios ao juiz para se alcançar um provimento justo, tendo em vista que, ninguém melhor que o próprio julgador decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova e/ou esclarecer determinado fato.

Quanto mais a função estatal, através da jurisdição, se aproximar da vontade dessas normas, mais próximo estará do objetivo estatal que é a pacificação social. Agora, se o juiz, na atividade jurisdicional, aplicar as normas de direito material a fatos que não foram suficientemente provados, não estará perto do objetivo estatal.

É de se considerar que não se anula o interesse da parte na relação processual, pois, o magistrado deve valer-se do seu poder instrutório na omissão da parte que lhe compete, tudo para formar sua convicção e obter uma sentença justa. A preclusão de determinado ato que caberia à parte é instituto que possibilita o desenvolvimento normal da relação processual. Em contrapartida, não anula ou prevalece sobre o poder-dever do juiz em esclarecer os fatos (BEDAQUE, 2013, p. 21/22).

O direito a provar os fatos não é exclusivo da parte. Se assim o fosse, o processo, ao invés de ser instrumento jurisdicional que busca a justiça, seria um jogo onde o mais astuto sairia vencedor, o que não se coaduna com as garantias constitucionais. Nesse sentido ensina Bedaque (2013, p. 26):

O direito a prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (art. 333 do CPC). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material a tutela jurisdicional.

A função jurisdicional instituída pelo legislador como método do magistrado, com o qual busca a aplicação do direito ao caso concreto para se alcançar a pacificação social através da intervenção estatal apenas é possível com a máxima projeção da realidade fática na instrução probatória.

A inércia da parte nas provas a serem produzidas – ou que pelo menos deveriam ser – a preclusão da produção de prova a qual beneficia a parte contrária, dentre outras situações processuais que eliminam a possibilidade da reconstrução mais fiel possível da realidade fática, são verdadeiros arcabouços para a aplicação da realidade verificada no plano substancial.

Nesse diapasão, a figura do magistrado não pode – e não deve – permanecer como espectador e simplesmente assistir à “marcha” processual passar à sua frente. Se a parte não desincumbe de trazer provas para que a realidade fática seja esclarecida – ao menos com o grau máximo de probabilidade possível –, deve o julgador agir e protagonizar o contexto da instrução probatória.

Mais uma vez Bedaque (2013, p. 19) afirma a condição do juiz como protagonista e não espectador, assim ensinando:

Mas é imprescindível que o sujeito imparcial, mas responsável pelo sucesso do instrumento, diligencie a fim de que o grau de probabilidade seja o mais alto possível. *Quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.* Ou seja, deve o juiz ir à procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso, não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho à atividade instrutória oficial.

O magistrado deve ser uma pessoa isenta, sem interesse no processo, portanto, imparcial. Agora, ser imparcial não representa um juiz que apenas não deva ter interesse no o objeto ou não queira favorecer uma das partes. Deve o magistrado trilhar em busca de uma sentença justa, com atuação ativa na busca da verdade, conforme ensina o professor Silva, N (2003, p. 193/201):

A atuação ativa do juiz não é motivo de violação da sua imparcialidade. Na fase atual, parcial é o juiz inerte que diante da desigualdade nada faz para afastar o desequilíbrio, principalmente, se tal desigualdade refletir no resultado do processo.

Portanto, se o juiz se expõe à censura da imparcialidade por ter agido ativamente no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de ficar inerte, posto que a sua inércia poderia favorecer a outra parte. Ademais, a ninguém interessa mais do que ao juiz que se faça justiça, ou seja, que vença quem efetivamente tenha razão, trata-se do direito de acesso à ordem jurídica justa.

Para julgar o processo o juiz necessita ser uma pessoa imparcial na condução da atividade jurisdicional, porém, isso não quer dizer que deve simplesmente acatar e concordar com a ação ou inércia da parte. Deve o magistrado conduzir o processo de tal forma que assegure aos litigantes tratamento igualitário, mantendo todo o equilíbrio entre as partes.

Assim, a iniciativa instrutória é a atividade pela qual o magistrado se desloca da plateia e busca a verdade para a aplicação do direito substancial, sem considerar apenas a faculdade das partes em desincumbir o ônus probatório, e com isso faz-se a obediência às normas estabelecidas pela própria sociedade.

2.1.5 A Busca da Verdade e seus Limites

A busca da verdade no processo judicial é atividade desenvolvida para a aproximação da realidade fática, adequando o caso concreto ao direito substancial. Só assim,

o magistrado irá possuir elementos norteadores e fundamentais para uma decisão justa e equânime para as partes, sem considerar suas concepções pessoais, mas de acordo com os fatos concebidos e provados nos autos.

Conforme abordado, como a reconstrução de fatos no processo judicial é realizada em evento futuro e possui carga de subjetividade na atividade desenvolvida na sua reconstrução, a certeza e a verdade se apresentam de forma inatingível.

A busca da verdade está intimamente ligada com a prova produzida no processo judicial; seja a parte que lhe cabe considerando o ônus distribuído de forma estática (art. 333 do CPC), seja através de regras de distribuição realizada pelo magistrado, seja conforme o poder instrutório do magistrado, conforme autoriza o art. 130 do CPC.

Entretanto a verdade no processo não pode gerar a produção infundável da instrução probatória, deve ela possuir um caráter razoável nos meios empregados para a atividade probatória.

Conforme ensina Chiovenda (1965, p. 342), os poderes do juiz têm seus limites e o confina a certas atividades. O primeiro limite está relacionado com o pedido da parte. Nosso ordenamento jurídico consagrou o princípio da congruência, segundo o qual a decisão judicial deverá ter estrita relação com o objeto e pedido descritos na exordial. A não observância deste princípio gera sentenças *extra, ultra* ou *citra petita*.

Outro limite apresentado pelo mesmo autor encontra-se ancorado na formação do material de cognição: “Não somente o juiz deve comportar-se nos limites da demanda, mas deve também abster-se de considerar de ofício determinados fatos que, embora, não acarretariam mudança da demanda: *secundum allegata et probata partium iudicare debet*.¹³” (1965, p. 344).

A busca obsessiva pela verdade no processo e a inundação de provas na atividade processual não pode ser almejada a qualquer custo. Existe um limite para a atuação processual, caso contrário estar-se-ia conduzindo o processo à deflagração de outros valores processuais não menos importantes, tal como a celeridade processual. Nesse sentido adverte Cambi (2001, p. 69):

A verdade a ser buscada no processo não pode ser um fim em si mesma, porque isso incentivaria comportamentos obsessivos que seriam noviços ao sistema processual, já que estimulariam a burocracia e alimentariam o formalismo.

¹³ Tradução livre: “Julgar de acordo com alegações e provas das partes”.

O juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza dentro do processo, caso contrário, fatos opostos sempre serão passíveis de prova e sua produção se perpetuará no tempo. A produção de provas é instituto de considerada importância no processo judicial, sendo parte de um todo. Porém, não pode ser considerado isoladamente o todo, sob pena de infringência de princípios constitucionais consagradores e fundamentais.

Para Dinamarco (2009, p. 281), a exigência de uma certeza no processo é somente uma ilusão. O que se tem é mera probabilidade que oscila seu grau; às vezes para mais; às vezes, para menos.

Portanto, a probabilidade quando alcançada em grau elevado é circunstância que fundamenta a decisão. Ainda, segundo Dinamarco (2009, p. 281/282), “Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes.”.

Com a reconstrução de fatos e a probabilidade em grau que permita imbuir o magistrado de sua convicção, terá ele sua medida psicológica de certeza para o julgamento da lide.

Apenas um parêntese sobre o instituto da certeza no que tange o processo de conhecimento e de execução. No primeiro, mediante a cognição adequada em busca da verdade, o magistrado prepara sua convicção para, ao final, proceder o julgamento do processo. No processo executivo basta a presença do título executivo para a existência da certeza.

É certo que pode ocorrer falha humana no julgamento, como a própria história já se encarregou de mostrar (como, por exemplo, o caso dos irmãos Naves que foram condenados pela “certeza” da autoria do crime devido a uma confissão formal)¹⁴. O que importa é o aperfeiçoamento na busca da verdade com a minimização dos erros, sem com isso perder de vista a celeridade processual, pois, em um processo moroso também não se tem justiça.

Dinamarco (2009, p. 287) assevera que os procedimentos previstos na legislação favorecem a busca pela verdade, porém, ela não pode ser seu fim, mas deve ser o meio pelo qual se chega à probabilidade em grau elevado para um julgamento seguro, assim descrevendo:

¹⁴ Os irmãos Naves Sebastião José Naves (1902 - 1964) e Joaquim Rosa Naves (1907 - 1948) foram condenados a prisão pela imputação de ter assassinado Benedito Pereira Caetano (1905 - 1967). Segundo relatos, os irmãos Naves assinaram a confissão de autoria do crime de assassinato devido a torturas realizada em si e sua família. Após o cumprimento da pena, Joaquim Naves morre e Sebastião inicia a busca pela verdade do crime. Algum tempo depois Benedito aparece na casa de seus pais. Os irmãos Naves são considerados inocentes, mesmo terem sofrido tortura e cumprido grande parte de suas vidas na prisão

Nesse contexto, pouco importa que a fidelidade ao direito objetivo substancial saia às vezes arranhada, desde que, como se disse, a justiça se faça com menos delongas. E o fato é que, consciente ou inconscientemente, o legislador, ao transigir na busca da verdade, favorece a simplificação do processo e evita os *formalismos*: sabe-se que os procedimentos estabelecidos em lei visam a viabilizar e garantir a adequada busca da verdade, mediante a participação dos seus sujeitos, mas não se pode perder de vista, por outro lado, que a obsessão pela verdade constitui cobertura à *burocracia* e alimenta os formalismos que se querem evitar.

Destarte, deve-se buscar a verdade através da instrução probatória, restringindo os seus limites (fatos controvertidos, por exemplo). Os limites políticos e econômicos também devem ser respeitados. O primeiro emerge da necessidade da estabilidade nas relações jurídicas, pondo fim ao debate judicial. O segundo deve guardar consonância com a prestação jurisdicional adequada, não devendo perpetuar a produção de provas pelo excesso de garantias em desfavor daquele que tem razão.

2.2 Aspectos Históricos Da Prova

2.2.1 A prova nos primórdios

A prova há muito é considerada imprescindível para esclarecimentos de fatos e busca da verdade. A história e evolução da prova, bem como a distribuição do seu ônus, vêm acompanhando a evolução do próprio povo, em seu tempo e espaço. Nos primórdios, pela ausência de justiça organizada e juízes para decidir as contendas imperavam a violência e a força, realizando o homem sua “justiça” com as próprias mãos e sob fundamento divino.

Por instinto e próprio do ser humano, mesmo nas sociedades mais rudimentares, a necessidade da prova era imprescindível para que se chegasse à certeza de um fato, e sua conclusão repousaria no destino final. Isso acontecia muito, notadamente nas frátrias ou cúrias – denominações que as línguas gregas e romanas deram ao agrupamento de famílias -, onde existia um chefe que comandava e decidia sobre todo o grupo.

Não obstante o comando centralizado a um dos integrantes das cúrias, sempre existiu uma força superior e intangível, a qual o povo tinha como uma verdade absoluta: a religião. Como o fundamento de dizer a verdade era corolário da própria salvação, inclusive com sanção divina e dura que poderia ser aplicada pelas divindades, a mentira, pode-se dizer, eram raras, conforme ensina Gusmão (1988, p. 390):

Em virtude dos tabus, das crenças coletivas, o homem primitivo e o medieval estavam convencidos de que todos os seus passos eram vigiados por deuses, seres e forças sobrenaturais. Tudo o que faziam não deveria escapar à vigilância de uma divindade. Se erram, devem sofrer a ira dos deuses, recaindo sobre eles e os seus a desgraça. Assim, a mentira e a falsidade não devem ter existido na sociedade primitiva, e, se existiram, devem ter sido muito raras.

Quando ausente estava a possibilidade de julgamento pela incerteza do fato, recorria-se a divindade para a busca da verdade, ou seja, a distribuição da do ônus prova era feita aos deuses.

Santos¹⁵ (V.I, p. 24) acentua a força da religião nos povos primitivos, elegendo-a com força de lei, assim ensinando:

Quando, pois, nos primitivos agregados sociais, a lei era a própria religião e esta influiu decisivamente sobre a conduta dos homens e da própria coletividade, nada mais natural e explicável tivesse a religião atuação imperativa nas decisões dos litígios entre os particulares ou entre estes e a sociedade.(sic)

Nestes termos, através dos *juízos de Deus* que se baseavam as decisões das contendas existentes no meio das cúrias, e assim eram aceitas e respeitadas por todos os integrantes do grupo.

As divindades, segundo a concepção dos povos primitivos, tinham o poder sobre todas as pessoas e coisas existentes no plano terrestre, inclusive com o poder de julgamento. Para se alcançar o julgamento divino, necessário se fazia a prova da culpabilidade ou não do fato, o que muitas vezes se tornava difícil. Com isso, nos julgamentos os acusados eram submetidos a provas de sorte, que eram denominados *ordálias*.

Segundo Santos (V.I, p. 25), “A ordália, ou julgamento de Deus, consistia em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade ou fosse culpado.”

Milhomens (1982, p. 32) assevera que: *Ordálio*. Do anglo-saxão *ordâl* (no alemão *Urtheil*), ordálio significa juízo, ato efeito de julgar, *julgamento*. Daí as expressões *juízos de Deus, julgamentos de Deus,...*”

¹⁵ Em todos os volumes do livro em questão, no total de cinco volumes, não há impressão da data da publicação da obra, porém, foi publicada nos anos de 1963 a 1966, conforme informação do Supremo Tribunal Federal disponível no site <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=199>>, com acesso em 29/07/2014.

Nota-se que as *ordálias* possuíam caráter eminentemente religioso e o acusado era julgado à sua própria sorte. Esse sistema de julgamento, em que o ônus da prova caberia à sorte do indivíduo, era harmônico com o estado daquela época, onde tudo (lar, família, cidade, governo, justiça,) girava e se fundamentava em um ou mais deuses. Essa era a noção de direito e de justiça da época.

As *ordálias* eram utilizadas entre os povos primitivos e semibárbaros como também eram conhecidas e utilizadas pelos povos antigos da Ásia.

A crença desses povos era absoluta, sendo que, submetido o indivíduo à prova das *ordálias*, restava ao juiz apenas a absolvição, no caso de vencedor na prova, ou à condenação àquele que sucumbisse.

Lopes também descreve como eram os tipos de “provas” existentes na época. Assim ensinando (2002, p. 20):

Na “Prova de Fogo” o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente, ou era obrigado a carregar uma barra de ferro em brasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferro quente.

A “prova das bebidas amargas” consistia em obrigar a mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se mantivesse a naturalidade seria considerada inocente; mas culpada, se contraria o rosto ou apresentasse os olhos injetados de sangue.

Na “Prova das serpentes”, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis.

Já na “Prova da água fria” atirava-se o acusado num reservatório de água; se afundasse, seria tido como culpado; se flutuasse, como inocente.

Ser considerado inocente era quase impossível. As *ordálias* estavam presentes entre os hebreus e nas Índias, porém, foram os povos europeus, na Idade Média, que multiplicaram essa espécie de prova. A prova através das *ordálias* não visava ao convencimento do juiz para o julgamento da causa, mas era a concretização da verdade absoluta emergindo sob a vontade de Deus.

Podemos citar mais alguns exemplos de *ordálias* utilizadas na época:

a) *A prova pela água fervendo* - nessa prova o indivíduo era mergulhado em água fervendo. O procedimento era o mesmo que a prova do fogo. Enfaixado e após três dias, caso saísse ileso ou quase ileso, estaria absolvido, caso contrário, era considerado culpado;

b) *A prova pelo cadáver* – ocorrendo um homicídio, colocaria o morto na presença do acusado, este deveria pressionar as feridas com os dedos ou pedaço de lã, ou mesmo passaria descalço sobre o cadáver. Se o morto voltasse a sangrar, o acusado era considerado culpado pelo assassinato;

c) *A prova da cruz* – os acusados eram colocados em pé, de braços abertos em formato de cruz e deveriam ali permanecer durante determinado tempo. Seria o culpado aquele que deixasse descer primeiro o braço;

Não apenas essas, mas tantas outras formas de *ordálias* eram praticadas, mas todas, como podemos observar, eram inquinadas e fundamentadas sob o aspecto religioso, submetendo o indivíduo à sua própria sorte.

Após as *ordálias* vieram as provas “bárbaras”, desumanas: a exemplo a tortura, submetendo o suspeito, com requintes de selvageria, aos mais atrozes sofrimentos, na presença de representantes da autoridade, até confessar o delito.

Em 1507, na Alemanha, Carlos V baixa um decreto (Carolina) em que nega o valor à confissão obtida por meio de tortura. (GUSMÃO. 1988, p. 390)

Outra espécie de prova aplicada era o *juramento*, onde também possuía caráter religioso. Segundo Santos (V.I, p. 30) “juramento outra coisa não é que a invocação da divindade como testemunha da verdade do fato que se alega.”

Ao conceito de Milhomens (1982, p. 35) “Juramento. Ato essencialmente religioso, consistia o juramento na invocação da divindade como testemunha do fato alegado.” Para validação do juramento era necessário a impecração que nada mais era que o pedido de castigo, caso estivesse cometendo perjúrio, conforme ensina o mesmo autor (1982. p. 36).

Com as artimanhas do acusado em falsear a verdade para se ver absolvido da sanção do homem, cometer o perjúrio e não se importar com eventual sanção divina, o juramento caiu em descrédito, sendo abolido como meio de prova ainda na Idade Média. Mesmo nos dias atuais temos o juramento presente no processo judicial, porém, como forma de compromisso e não com caráter probatório.

Caindo em descrédito essa espécie de prova, como natural que é, cria-se outra. Com isso nasceu o combate judiciário, ou, como mais conhecido: duelo.

O uso da força sofreu resistência com o tempo e foi paulatinamente sendo abolido. Em 1306 na França, Felipe, o Belo, ordenou a abolição do duelo nas contendas civis, admitindo em matéria criminal apenas em casos raros e desde que preenchesse alguns requisitos, dos quais eram (SANTOS, V.I, p. 37):

[...] 1º - que a existência do crime fosse evidente; 2º - que se tratasse de crime contra pessoa e conducente à pena de morte; 3º - que o presumido autor não pudesse ser convencido por testemunhas ou por outra via ordinária; 4º que houvesse contra ele indícios e presunções semelhantes à verdade.

Pela ineficácia do juramento e crueldade das *ordálias* e combates judiciais, a prova testemunhal soa com grande intensidade e, além dela, surge a prova literal. A prova dos fatos por documento escrito encontrava grande força na fraqueza das *ordálias* e duelos. A tradução das obras de Justiniano determinado por São Luís e a atuação de Felipe, o Belo, o qual difundiu as leis romanas, para o qual a prova literal fosse mais utilizada.

Tanto a prova testemunhal como a prova literal ganharam força no tempo e perduram por definitivo no sistema probatório, com a presença em todas as legislações dos povos modernos.

2.2.2 A Prova sob o Fundamento Bíblico

O sistema descrito na Bíblia é chamado de sistema tarifado, ou seja, possui provas com tabelas preestabelecidas.

A Bíblia também possui passagens em que se exterioriza um procedimento, notadamente a valoração probatória. Exemplo clássico é o encontrado no Deuteronômio:

Por boca de duas testemunhas, ou três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer: por boca duma só testemunha não morerá. (Bíblia, Deuteronômio, 17-6, p. 200).

[...]

Uma só testemunha contra ninguém se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que pecasse: pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o negócio. (Bíblia, Deuteronômio, 19-15, p. 202).

Em tal sistema, o julgador manifestava a verdade não de acordo com a convicção resultante das provas, mas sim em conformidade com o valor previsto expressamente. Independentemente do julgamento pelas provas, o recurso também era previsto.

Na Bíblia se tem uma fonte na qual se apresenta a busca por um novo pronunciamento em vista da busca da verdade em vista de acusação desferida, conforme capítulo 25, versículo 11-12, do livro do Ato dos Apóstolos: “Se fiz algum agravo, ou cometi alguma coisa digna de morte, não recuso morrer, mas, se não há das coisas de que estes me acusam, ninguém me pode entregar a eles, apelo para César.”.

A atividade probatória tem, embora ainda precária, grande influência na busca da verdade e julgamentos dos indivíduos. Porém, impossível a taxatividade dos fatos que podem ser provados, até mesmo pelos meios (quantidade) que podem ser provados.

Não se justifica a quantidade de provas para determinado acontecimento, mas sim sua qualidade de verossimilhança, o que não era observado.

Até mesmo Jesus foi submetido a uma espécie de prova. Assim disse Satanás a Jesus para colocar à prova a Fé do Filho do Homem:

Se tu és o Filho de Deus, lança-te daqui abaixo; porque está escrito: Que aos seus anjos dará ordens a teu respeito: e tomar-te-ão nas mãos, para que nunca tropeces em *alguma* pedra, do pináculo do Templo de Jerusalém, confiando na proteção do Pai (Bíblia, Mateus 4,6, p. 5 do Novo Testamento).

O homem sempre esteve convencido que seus passos eram vigiados e julgados por deuses, seres e forças sobrenaturais. Guardada as devidas proporções, até os dias atuais o homem se inclina à vigilância de uma divindade, tanto é assim que, em alguns países, é tomado o juramento das testemunhas ou dos jurados sobre objetos sagrados para a sociedade, como a Bíblia.

2.2.3 A Prova na Grécia

A Grécia se destaca por afastar os meios de provas baseados em preceitos religiosos. A atividade desenvolvida para a prova se buscava através de convicção lógica.

A vida em sociedade necessita de normas reguladoras de convivência. Com o tempo foi observado que os conflitos não podiam ser resolvidos pela autotutela ou mesmo pela sorte – ou azar – do indivíduo. Afastaram, embora ainda consideravam sagradas, os julgamentos divinos e deram lugar a leis democraticamente estabelecidas, conforme ensina Gusmão (1988, p. 357/358):

O direito da Grécia Antiga, ou melhor, de Atenas, era bem diferente do direito do Egito e do da Mesopotâmia, apesar de mesclado com elementos religiosos e morais, pois os ‘legisladores’ gregos não apresentavam as suas legislações como expressão da vontade divina, apesar de considerá-las sagradas.

As leis gregas, a partir do século VI a.c., diferenciavam-se das demais leis da Antiguidade por serem democraticamente estabelecidas. Não eram impostas pelos governantes, mas estabelecidas livremente pelo povo na Assembléia. Resultavam, pois, da vontade popular.

A Grécia antiga era composta de magistraturas administrativas e judiciárias, com suas respectivas atribuições. Em Atenas, as leis foram determinantes para resolver litígios entre clãs. Desde então, a necessidade de prova e a distribuição do ônus tornam-se

importantes para a obtenção do direito, tendo em vista que, além da prova do direito, era necessário provar o fato.

Neste momento, ocorreu um dos maiores julgamentos da História: o julgamento de Sócrates. Em março de 399 a.C., quando tinha 70 anos de idade, ele fora acusado de corromper a juventude e de introduzir novos deuses, não reconhecendo como tais, os deuses da cidade (Polis). A pena que lhe foi pedida: a morte.

Para o julgamento de Sócrates foi constituído um júri popular, sendo ouvido Sócrates e seus acusadores. Junto de Cícero, Sócrates fora um dos maiores oradores que a antiguidade conheceu e sua autodefesa, onde se julga inocente de todas as acusações perante o júri popular, encontra-se na Apologia de Sócrates, escrita por seu discípulo Platão, que mostra com abundância de detalhes os meios como a prova era valorada naquela época, como numa passagem de sua defesa, onde diz (filosofiapopular, 2014, p 1): “Parece-me não ser justo rogar ao Juiz e fazer-se absolver por meio de súplicas; é preciso esclarecê-lo e convencê-lo”.

A importância da prova já se mostrava indubitavelmente emergida. Nesta passagem deixa bem claro que não bastam argumentações, elas devem vir embasadas a ponto de esclarecer e convencer o magistrado sobre o fato argumentado, pois, só assim conseguirá um veredicto a seu favor.

Percebe-se que não são os acusadores que devem provar a culpabilidade do acusado, mas o ônus da prova é direcionado todo a Sócrates, quem deve provar e convencê-los de sua inocência.

Sócrates foi julgado por júri popular, sendo escolhidas 500¹⁶ pessoas entre as seis mil que eram indicadas anualmente. Destes, 280 foram contra e 220 a favor da absolvição de Sócrates, o que demonstra certo equilíbrio nas opiniões. Sócrates acabou condenado à morte.

Na Grécia não existia restrição da apresentação da prova testemunhal em juízo, era utilizada em todo e qualquer processo, conforme ensina Santos (V.III, p. 13):

Quer nos processos civis, como nos criminais ou comerciais, em feitos de interesse público ou privado, uma vez que tivessem conhecimento dos fatos, de *visu aut auditu*, qualquer que fôsse o valor da causa, as testemunhas provavam pela convicção que seus depoimentos imprimiam no espírito dos

¹⁶ Há dúvidas pertinentes em relação ao número de ocupantes, já que em momentos eram historiografados 500, mas em outros relatos há citações de 501 membros, conforme extraído do site <http://www.lexmagister.com.br/doutrina_23047144_O_JULGAMENTO_DE_SOCRATES_SOB_A_LUZ_DO_DIREITO.aspx> disponível em 30/04/2014.

juízes. Já no direito grego vigia a sábia regra dominante no direito moderno: “as testemunhas não se contam, pesam-se”.

A prova testemunhal poderia ser realizada oralmente ou por escrito. Quando obtida por meio oral eram colhidos os depoimentos em audiências públicas com a presença das partes, inclusive podendo interrogar as testemunhas.

Não existia restrição a quem poderia testemunhar, salvo em relação aos escravos, desde que submetidos à tortura, bem como os que tinham interesse na causa. Qualquer pessoa poderia e tinha obrigação de testemunhar, independentemente da classe social.

Outra prova aceita no direito grego era o juramento, porém, desde que acompanhado pela imprecação, o que consistia no pedido daquele que estava jurando que, caso estivesse mentindo e praticando perjúrio, que a divindade o castigasse. Santos (V.I, p. 32) ensina que o juramento em “Atenas, faziam-no perante o Aerópago¹⁷, sôbre as víceras de um javali, de um carneiro, ou de um touro, imolado às Eumênides;”

Portanto, ainda que sofrera grande evolução, a produção e distribuição do ônus probatório ainda eram demasiadamente restritos à sorte ou religião.

2.2.4 A Prova no Direito Romano

No início o julgamento no Direito Romano era o mesmo aos de outros povos, sendo a justiça feita pelas próprias mãos e de forma privada. Porém, o Direito Romano evoluiu e acabou influenciando outras civilizações.

A lei de talião era aplicada nas civilizações antigas, como também no Direito Romano e tem seus conceitos baseados na proporcionalidade da ofensa. Também conhecida como lei do “olho por olho, dente por dente”, relata a necessidade de o agressor sofrer a mesma ofensa que a vítima sofreu.

O Código de Hamurabi, escrito em acádio ou babilônio antigo (1750-1730 a.C.), considerados por muitos o mais antigo do mundo – embora tenha relatos de que o Código de *Ur-Namu* (2050 a.c.) é o mais antigo - tratando sobre delitos e penas, traz conceitos semelhantes à Lei de talião, conforme podemos verificar em alguns artigos abaixo citados extraído do artigo apresentado por Meister (2007. p. 58):

¹⁷ A.re.ó.pa.go *sm (gr Áreios pagos)* **1** Antigo tribunal ateniense, que se reunia em uma colina do mesmo nome, consagrada a Marte. **2** Reunião de sábios, magistrados, literatos, homens ilustres. Extraído do site <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/>> em 5 de setembro de 2013.

196° - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197° - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

[...]

200° - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes.

No Código de Hamurabi percebe-se a necessidade da prova para a acusação, conforme texto abaixo extraído da Revista Âmbito Jurídico (*apud* Código De Hamurabi.1986, p. 161):

Se alguém apresenta uma imputação de encantamento contra um outro e **não pode prová-lo**, e aquele ao qual a imputação de encantamento é apresentada, vai ao rio, pula no rio, se o rio o agarra, aquele que acusou deverá receber como posse a sua casa. Mas se o rio demonstra sua inocência e ele fica ileso, aquele que apresentou a imputação deverá ser morto, aquele que pulou no rio deverá receber como posse a casa do seu acusador (não grifado no original).

Ínsito está uma espécie de ordálio. Não é claro quanto à forma da prova a ser apresentada pelo acusador, porém, atém-se que a necessidade da prova no escrito é requisito para a acusação, deixando bem claro que o ônus probatório é do acusador do fato que, se não provado e aquele que recebeu a acusação pula no rio e consegue nadar e sair, terá direito a receber a casa do acusador. Caso contrário, aquele que sofreu a acusação perderá a casa para o acusador, ou seja, a morte e perda da propriedade estão interligadas ao acusado saber ou não nadar.

Após criou-se a “Lei das XII Tábuas” (foi gravada em 12 tábuas de bronze, fixadas no Fórum. Transformou o Direito Romano consuetudinário em direito escrito). Nessa nova sistemática, afastava-se o Direito da Religião. Nessa codificação também emergia a necessidade da produção de prova racional. O juramento, a confissão e o testemunho eram considerados meios de prova.

Segundo Milhomens (1982, p. 37):

No direito romano o juramento era ato de grande responsabilidade porque era feito invocando os deuses. Mentir neste momento solene era trair a consciência, ofender a fé pública e as divindades. O juramento depois passou a ser feito sem invocações da divindade; bastava que a fórmula fosse obrigatória para a consciência daquele que o fazia.

A evolução do direito processual romano deu-se através de três fases:

1º - Período primitivo: 753 a.C. Fundação de Roma. Com a edição da Lei das XII Tábuas, prevalecendo, desde então, o direito escrito que era fundamentado nas ações com expressa previsão legal.

2º - Período formulário: essa segunda fase caracteriza-se pela presença de árbitros privados. Não obstante, a decisão ainda era imposta pelo Estado. Nessa fase havia a intervenção de advogados e eram observados os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório.

3º - Período da *cognitio extraordinária*: Esta fase vigorou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era. Apresenta como características principais: a função jurisdicional pelo Estado desaparecendo os árbitros privados, o procedimento assume forma escrita contendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução, a sentença e sua execução, admitindo também o recurso.

A queda do Império Romano gerou um retrocesso na evolução do direito em Roma, tendo em vista que os bárbaros (povo germânico) dominaram e implantaram seus princípios e regras da época. Voltaram a ser inseridas as provas de caráter religiosas chamadas de “juízos de Deus”, acreditando que o ser divino participada nos julgamentos dos humanos.

Os procedimentos eram “autênticos jogos de azar ou cenas de bruxaria, e, em vez de julgamentos lógicos, eram confiados a exorcistas e verdugos”, conforme argumenta Jeremias Bentham citado por Theodoro Júnior (1989, p.10.):

A verdade não pode ser considerada de forma objetiva como certeza absoluta, ela varia em tempo e espaço. Outrora conhecida uma verdade, tempos após verifica-se que nunca assim o fora. A verdade da Terra ser plana, hoje se tornou na verdade de ser redonda.

É o que ocorria, por exemplo, na busca da verdade pelo procedimento das *ordálias*, quando se colocava a pessoa sob a prova divina, caso saísse ileso, estaria com a verdade.

2.3 Aspectos Gerais Sobre Ônus Da Prova

2.3.1 Noções Gerais sobre o Ônus da Prova

Em bem verdade, o Estado moderno suprimiu do particular e monopolizou vários institutos e funções em prol do controle e pacificação social. Isso aconteceu com a produção de moeda, cobrança de impostos e, principalmente, o poder de julgar os litígios existentes na sociedade.

A solução dos conflitos é dirimida pela autocomposição entre as partes e através da intermediação de mediador/conciliador. Quando não ocorre a solução de conflitos de forma pacífica, o Estado precisa intervir e impor, de forma imperativa, as regras ditadas pelas normas vigentes como forma de pacificação social. E isso ocorre com o Poder Judiciário, estando o juiz à linha de frente representando o Estado na prestação jurisdicional.

É de ressaltar que, em obediência ao princípio do *non liquet* (impossível deixar de julgar por incerteza), o terceiro (juiz), estranho à lide, deve ter conhecimento dos fatos para analisar o caso concreto e impor a normatividade da lei. Problema maior surge quando os fatos se encontram obscuros ou ausentes do mínimo de probabilidade de que correspondam com a verdade.

Apresentando as divergências sobre os fatos, o juiz deve valer-se do instituto da prova para trazer a lume a verdade das alegações argumentadas em juízo, analisando os fatos, conforme bem ensina Bentham (2001, pag.4): “*Para todos esos problemas el juez tiene el deber de obtener todas las pruebas de una y otra parte, de la mejor manera posible, de compararlas y de decidir después su fuerza probatoria.*”¹⁸

A questão crucial não é da necessidade de produzir a prova para elucidação dos fatos alegados, mas sim como se apresenta a distribuição de quem tem o ônus de trazê-las.

Para GRECO FILHO (1999, pag. 185) o instituto do ônus da prova decorre de três princípios: o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, o princípio dispositivo e o princípio da persuasão racional na apreciação da prova. Segundo o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, o juiz não pode deixar de decidir o conflito em virtude da incerteza dos fatos apresentados (*non liquet*).

O princípio do dispositivo decorre da legislação, segundo o qual cabe às partes produzir as provas de suas alegações, sendo o juiz apenas como atividade de complementação na instrução probatória. E por último o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, o qual afasta a convicção íntima do juiz, pois deve julgar de acordo com os fatos alegados e provados nos autos (*secundum allegata et probata partium*).

Várias são as teorias que visam a explicar a natureza jurídica do ônus da prova, porém, atemo-nos a apresentar as teorias de Chiovenda e Carnelutti em vista do conteúdo do presente trabalho.

¹⁸ Tradução livre “Para todos aqueles problemas o juiz tem o dever de obter todas as evidências de ambos os lados, da melhor maneira possível, para compará-los e, em seguida, decidir a sua força probatória.”

2.3.1.1 Teoria de CHIOVENDA

Segundo a teoria de Chiovenda, o autor esclarece inicialmente que é difícil formular um princípio geral para todos os casos apresentados, tendo em vista que seria difícil ser inteiramente satisfatório a todos os casos (1965, p. 379).

A teoria de Chiovenda rege-se pelo princípio dispositivo em relação aos fatos e baseia-se no interesse na prova. No sistema que admitisse a verificação de ofício da veracidade, não se justificaria o referido princípio, pois não há a repartição legal do ônus.

Mesmo não considerando o modelo ideal, o referido autor fundamenta a prevalência da distribuição legal do ônus da prova pelo princípio da igualdade das partes. Essa distribuição é realizada em razão da oportunidade, conforme os ensinamentos de Chiovenda (1965, p. 379): “É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o princípio da *igualdade das partes*.”

Nestes termos, a iniciativa e a distribuição do ônus da prova se dá àquele que irá se aproveitar do fato provado, ou seja, aquele que tem interesse na prova.

2.3.1.2 Teoria de CARNELUTTI

Segundo Carnelutti, o fundamento do interesse na distribuição do ônus da prova não é o suficiente, tendo em vista que o interesse na prova é bilateral. Assim, os interesses caminham de formas opostas: enquanto uma parte tem interesse na prova de existência de um fato, a outra possui interesse na prova da oposição desse fato.

Em críticas à teoria de Chiovenda, Carnelutti atribui a distinção entre interesse na prova e interesse na afirmação. O interesse na prova possui natureza bilateral, tendo em vista que, uma vez apresentado o fato, ambas as partes possuem interesse em subministrar a prova.

Já o interesse na afirmação é unilateral, pois a parte tem por base na prova apenas os fatos que fundamentam sua pretensão, conforme ensina Buzaid comentando a teoria de Canelutti (1963, p.23):

Carnelutti parte da distinção entre interesse na afirmação e interesse na prova. O **interesse na afirmação é unilateral**, no sentido que cada uma das partes tem interesse em afirmar só os fatos que constituem a base de sua pretensão ou de sua exceção; o **interesse na prova é bilateral**, no sentido

que, uma vez afirmado um fato, cada uma das partes tem interesse em subministrar a seu respeito a prova (grifo nosso).

Portanto, ao contrário da teoria de Chiovenda que parte do interesse na prova, Carnelutti fundamenta que há interesse, porém, na afirmação de cada parte, e não na prova.

2.3.1.3 Ônus da Prova: Obrigação ou Faculdade?

É certo que a parte possui interesse para provar sua pretensão. Mas esse interesse se transforma em uma obrigação?

Para que o magistrado tenha o mínimo de certeza possível dos fatos como estão sendo narrados pelas partes, deve se pautar nas provas trazidas aos autos. Inicialmente a legislação vigente confere o ônus à parte para que produza as provas para corroborar suas alegações. Segundo o sistema atual, o ônus do fato constitutivo é do autor, enquanto o ônus dos fatos impeditivo, modificativo e extintivo é de responsabilidade do réu.

Agora, a produção da prova é uma obrigação da parte ou uma faculdade?

Antes de adentrar com mais afinco a respeito do ônus probatório, necessário se faz apresentar a distinção entre os termos *ônus* e *obrigação*.

A palavra “Ônus” vem do latim e significa carga, fardo, peso. Acontece que a terminologia ônus probatório, embora traduz-se como necessidade de provar, não se trata de obrigação.

Santos (V. I, p. 94) exclui a obrigação do instituto do ônus probatório, assim ensinando:

Não se veja, porém, na expressão ônus da prova *ou onus probandi* a ideia de dever equivalente à obrigação, tendo como pressuposto a existência de um direito que a êle corresponda.

Não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interêsse, de necessidade, interêsse, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados”

Citando a distinção elaborada por Carnelutti, Buzaid (1963, p. 16) apresenta a distinção entre Obrigação e Ônus: “É a obrigação um interesse subordinado mediante um vínculo da vontade; ou, em outros termos, um vínculo da vontade imposto pela subordinação de um interesse.” Em contrapartida: “Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade

é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse.”

Para Ramires (2002, p. 43/44) a distinção entre ônus e obrigação está na consequência da ausência do cumprimento, assim descrevendo:

Portanto, pode-se concluir que uma das principais diferenças entre ambos é que o descumprimento de uma obrigação para com outrem acarreta penalidades legais, ao passo que, a não observância a um ônus não resultará em uma infringência de caráter legal, mas, a mesma irá ocasionar conseqüências, que poderão ser desfavoráveis, à própria parte que não o atendeu.

Portanova (2001, p. 213) também deixa bem claro a distinção entre ônus e obrigação:

Ônus é a carga, ou o fardo de que a parte deve desincumbir-se para benefício próprio. Satisfazê-lo é do interesse do próprio onerado. A obrigação implica o dever do sujeito passivo com o sujeito ativo. A satisfação é do interesse do sujeito ativo. [...]

Nestes termos, tem-se que a diferença entre o ônus e a obrigação reside no fato de que, nesta última, o seu não cumprimento acarreta uma sanção, enquanto que naquele as consequências podem ser desfavoráveis, porém, destituídos de sanção.

2.3.2 Da interpretação do Ônus Probatório - Ônus Objetivo e Ônus Subjetivo

Na relação jurídica processual existem partes e obrigações diversas entre os envolvidos (autor, réu e juiz). Assim, o processo judicial é desenvolvido com a participação de elementos distintos.

Autor e réu atuam nos autos e pretendem que prevaleçam os argumentos e interesses de cada qual, objetivando uma sentença favorável para si. O Juiz atua de forma ordenada e conforme o procedimento legal, personificando o Estado em suas funções, declarando o direito substantivo conforme os fatos apresentados e provados, na busca de uma sentença justa.

Essas distinções de interesses ao longo do processo geram enorme influência nas questões relativas ao ônus probatório. Quando o ônus probatório é analisado sob a ótica das

partes no processo estamos diante do ônus da prova em sua dimensão subjetiva, sendo o qual o encargo imposto às partes para que tragam os elementos probatórios dos fatos alegados.

Na interpretação do aspecto subjetivo do ônus probatório procura-se definir a responsabilidade das partes na produção probatória, exaurindo verdadeira regra de conduta.

Em contrapartida, a interpretação do ônus da prova em seu caráter objetivo está intimamente ligada às funções do juiz de julgar o processo, mesmo que não tenha a certeza sobre o fato, tendo em vista a proibição do *non liquet*.

Buzaid (1963, p. 19) apresenta a diferenciação entre a interpretação objetiva e subjetiva quanto ao ônus da prova:

Pela exposição que acaba de ser feita, bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual delas há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto **subjetivo**; e outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto **objetivo**.

O mesmo autor apresenta algumas distinções entre os dois, assim descrevendo (1963, p. 19):

O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente.

Greco Filho (1999, p. 188) também traz à baila a questão subjetiva e objetiva do ônus probatório: “À parte incumbe o ônus da prova de determinados fatos (ônus subjetivo), mas ao apreciar a prova produzida não importa mais quem a apresentou, devendo o juiz levá-la em consideração (ônus objetivo).”.

Percebe-se que o enfoque da interpretação objetiva ou subjetiva do ônus da prova é consequência da visão dos integrantes da relação jurídica processual. No aspecto de responsabilidade do ônus da prova entre autor e réu, caracteriza-se pela interpretação subjetiva; quando a interpretação se dá ao julgador, fundamenta-se no caráter objetivo.

As questões objetivas e subjetivas de interpretação do ônus probatório ganham considerada importância, notadamente pelas responsabilidades inerentes a cada integrante da relação jurídica, tendo em vista que não podemos considerar apenas o caráter subjetivo da

distribuição do ônus da prova estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil, pois a interpretação deve ser distribuída de acordo com os princípios e garantias constitucionais.

A interpretação objetiva que se dá no ônus probatório está estampada no artigo 131 do Código de Processo Civil (GRECO FILHO, 1999, p. 190), em que se atribui a convicção do magistrado pautada na apreciação livre das provas.

Embora traçadas as críticas ao sistema de distribuição do ônus da prova estampado no Código de Processo Civil, o estudo da interpretação subjetiva e objetiva é de significativa importância, haja vista que a redistribuição do ônus probatório, mesmo que sustentado por outras teorias, ainda não perde as questões objetivas e subjetivas.

2.3.3 Poderes instrutórios do juiz e disponibilidade do direito material – prevalência do caráter publicista do processo

É certo que a doutrina tradicional enxergava que, em se tratando de direitos disponíveis discutidos no processo judicial, cabe com mais rigor e responsabilidade às partes o ônus probatório, com interferência mínima do juiz na instrução do processo judicial.

Quando se trata de direito disponível, cabe às partes a realização da prova que lhe aproveita. Quando se trata de direito indisponível, a intervenção do Estado através da figura do juiz é incólume e ativa.

Nessa esteira, atenta-se ao *princípio dispositivo*, no qual a liberdade de atuação do juiz é limitada aos fatos e aos pedidos das partes. Nesse caso, o juiz não possui liberdade instrutória em busca de outros esclarecimentos. Fica ele (juiz) limitado ao conteúdo dos autos. Em comentários ao princípio dispositivo, assim elucida Theodoro Junior (2013, p. 275):

Somente às partes, por conseguinte, tocava a iniciativa de instaurar o processo e de estabelecer seu objeto, bem como de trazer aos autos as provas relativas aos fatos alegados como fundamento do pedido e da defesa. Ao juiz caberia apenas presidir a disputa travada entre as partes, para afinal solucionar, em sentença, o conflito, dentro das questões por elas propostas, e segundo as provas por elas também, trazidas ao exame judicial (*judex secundum allegata et probata partium judicare debet*).

Essa concepção possui nítida natureza privatista, que engessa a atuação do julgador, trazendo a lume a discussão quanto à produtividade máxima nas sentenças judiciais.

A efetividade processual como fator para alcançar a harmonia social e as premissas trazidas pela visão instrumentalista e publicista do processo judicial, consubstanciadas à

finalidade do processo em que seja realizada a efetivação de direito substancial não permite mais essa visão.

A diferenciação da disponibilidade do direito substancial não pode ser o fundamento para a divisão de águas entre se ter uma decisão amparada com a efetividade e justiça e uma decisão direcionada aos ônus e obrigações das partes, cumpridas – ou não – no processo judicial.

A busca para o acesso à justiça como condição não apenas de ter acesso ao judiciário, mas também a todas as garantias e princípios constitucionais norteadores do devido processo legal, em busca de uma decisão justa é o fundamento instrumentalista e publicista do processo judicial.

A pacificação social não é alcançada com o simples fim do processo através de uma sentença terminativa. Esta deve vir norteada e fulcrada no produto obtido com a verdade trazida à tona, mesmo sem a certeza, mas com a probabilidade máxima da verdade dos fatos.

Seja o objeto do processo versado sobre direito disponíveis e/ou direito indisponíveis a questão que impulsiona a coercitividade estatal representada pelo juiz na decisão judicial é uma sentença justa, conforme ensina Bedaque (2013, p. 140):

Não importa, pois, a natureza da relação jurídica controvertida. O processo, como instrumento da atividade jurisdicional do Estado, é um só, sendo irrelevante se a matéria discutida é civil, penal, disponível ou indisponível. Tanto o direito processual civil como o direito processual penal pertencem ao mesmo ramo do direito. O desenvolvimento dos estudos sobre a teoria geral do processo permite que se fale hoje em direito processual, disciplina que reúne elementos comuns ao processo civil, penal e trabalhista.

No tocante ao direito material, em respeito ao princípio de autonomia de vontade, não pode o magistrado interferir no ato praticado pela parte quando esta pretende ou não dispor de seu direito, pois esse poder é dado a ela pelo ordenamento jurídico com exclusividade. O credor, mesmo sem ter recebido, pode dar quitação ao devedor por mera liberalidade. Não pode o magistrado interferir na essência do ato, mas apenas analisar sua validade.

Quanto ao direito processual, mesmo em se tratando de direitos disponíveis, as partes não exercem influência de modo exclusivo ou decisivo. Através do processo, o juiz analisa os fatos apresentados e aplica a norma. Essa realização do direito material encontra fundamento na relação processual em busca da ordem jurídica e sentença justas.

É certo que o princípio do dispositivo não deixou de existir, tendo em vista que as partes ainda têm plena liberdade de limitar os fatos e os pedidos. Porém, a limitação de atuação do magistrado na instrução probatória não se coaduna mais com a publicização do processo, conforma ensina Portanova (2001, p. 122):

Hoje, tanto nas postulações para o primeiro como naquelas para o segundo grau de jurisdição e assim também nos recursos especiais e extraordinários, o vigor do princípio dispositivo reside na liberdade das partes em limitar os fatos e os pedidos. A parte dispõe do objeto do processo e da causa de pedir que comporão o processo. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128 do CPC). Já quanto à prova – como se verá em lugar próprio – vigora o princípio da livre investigação pelo juiz.

A instrução probatória tem por escopo convencer o juiz sobre os fatos alegados e concluir como adequação desses fatos à norma substancial. A atuação ativa do juiz, mesmo em se tratando de direitos disponíveis é de primordial importância para o fundamento da busca da verdade e decisão justa.

Com isso, o processo é o instrumento pelo qual tem função pública, e não privatista, havendo nítido interesse do Estado no seu desenvolvimento e o juiz não pode assentar como mero espectador (BEDAQUE, 2013, p. 142). No interesse privado discutidos pelas partes na relação processual existe um interesse maior que é do Estado na correta aplicação e obediência do ordenamento jurídico em verdadeira apologia ao estado democrático de direito e, conforme ensina Silva, N (2005, p. 10):

Assim, o juiz tem o dever de promover e preservar a igualdade substancial entre as partes, afastando as desigualdades, razão pela qual, deve adotar medidas de ofício relacionadas com a instrução da causa, como os poderes instrutórios que em absoluto viola o princípio da imparcialidade, ressaltando que o poder instrutório não deve ser supletivo, pois se assim for, não atenderá os fins aqui almejados.

O legislador não estabeleceu qualquer diferença quanto aos poderes do juiz em detrimento da matéria discutida no processo. Os poderes são os mesmos, seja disponível ou não o direito discutido. Conforme já dito, tratando-se de direito disponível, podem as partes transigir, renunciar, etc., porém, esses atos não autorizam a influir no desenvolvimento do processo judicial, pois este é o instrumento para a manutenção da ordem jurídica. O juiz não é

subordinado ao interesse particular, muito pelo contrário, é aquele que desenvolve sua função em vista do interesse público, o que coaduna com seus poderes instrutórios.

CAPÍTULO 3 – DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

3.1 A PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1.1 Do caráter publicista do processo e seu conteúdo instrumentalista

Em termos históricos, percebemos que o processo era considerado apenas uma sucessão de atos, onde se defendia o direito subjetivo lesado (ação) através da jurisdição, a qual representava como o sistema de tutela aos direitos (DINAMARCO, 2009, p. 18) e o processo era um conjunto de formas para o exercício desse direito.

A partir do século XIX, principiou-se em definir a ação não mais contra o adversário, mas dirigida ao juiz da causa, tendo como objeto jurídico a prestação jurisdicional, e não o bem em litígio.

O processo era dotado de uma interferência mínima do Estado, não se caracterizando como intervencionista. Com autonomia da relação jurídica processual, distinguindo-se da de direito processual, propiciou a renovação do direito processual, surgindo como ciência em si mesma.

Nos ensinamentos de Franzé, a coerção estabelecida no direito processual se deu através de três fases: a) a primeira delas denominada fase *civilista*, segundo o qual o direito material e processual eram considerados como mesmo objeto; b) a segunda fase, denominada de *autonomista*, com sua ênfase na Alemanha com Adolf Wach, segundo a qual o processo possui nítida natureza pública, pois endereçado contra a parte adversa e contra o Estado; c) na terceira e ainda ascendente, está a fase *instrumentalista* do processo, em que o processo passa a ser visto como instrumento para o alcance do fim materializado no processo justo, tendo como supedâneo os princípios, garantias e valores constitucionais. (2010, p. 92/93)

No estudo moderno, o caráter intervencionista do Estado revela-se, também, nas manifestações de postura instrumentalista na ciência processual. É Ele (Estado) aquele que tem a função de garantir a todos a fruição dos bens materiais e imateriais reduzindo as diferenças sociais e econômicas em busca do bem estar coletivo, por isso assumindo a posição de intervencionista (DINAMARCO, 2009, p. 34/35).

Usando como exemplo, esse fato pode bem ser observado na relativização dos efeitos da revelia. Embora clara a aplicação da revelia na legislação vigente, em interpretação e infiltração de valores e respeito a princípios que norteiam a norma jurídica, em busca de uma

decisão justa, não a aplica de forma taxativa, extraindo o fiel cumprimento aos propósitos institucionais do processo.

Nesse caso há nítido conflito de direitos fundamentais, pois temos a aplicação literal da norma infraconstitucional (CPC art. 319), a qual dispõe sobre a revelia, em contrapartida, para se ter uma decisão mais justa possível, necessário que se aplique o princípio da proporcionalidade, sem afastar o direito do réu à ampla defesa (inciso LV do artigo 5º. da Constituição).

O Supremo Tribunal Federal já sumulou que a revelia não basta para obstar o réu a produzir prova em busca da verdade, conforme Súmula 231, assim enunciando: O REVEL, EM PROCESSO CÍVEL, PODE PRODUZIR PROVAS, DESDE QUE COMPAREÇA EM TEMPO OPORTUNO. O Superior Tribunal de Justiça também decidiu pela relativização dos efeitos da revelia: “REVELIA. EFEITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. A simples revelia não leva, necessariamente, ao deferimento do pedido, se o autor não fornecer ao juiz elementos suficientes para convencê-lo da procedência da sua pretensão” (REsp 173939/PB).

Não se destoa que o direito civil possui grande conteúdo de direito disponível. É certo que esse conteúdo se dá pelo amplo acesso ao cidadão de poder/querer pleitear junto ao poder judiciário que pronuncie sobre seu pleito, tendo plena liberdade para tanto. Acontece que, a partir do momento que intenta a ação, parte dessa liberdade resta diminuída devido à garantia de igualdade de tratamento das partes e direito da outra parte em ter um pronunciamento por aquilo que foi intentado contra ela (PORTANOVA, 2001, p. 205).

Essa limitação de liberdade processual após a provocação do judiciário resta clara no enunciado do art. 264 e §4º do art. 267, ambos do CPC, assim prescrevendo:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

[...]

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

Nestes termos se mostra o caráter instrumental do processo, com intervenção nítida do Estado em busca da verdade para a busca de uma decisão justa. Dinamarco (2009, p. 24/25) defende que essa instrumentalidade é o aprimoramento do próprio sistema, assim descrevendo:

É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.

A instrumentalidade processual reage ao formalismo exacerbado do processo onde a técnica se mostra útil para dar resultado ao processo, e não atravancar ainda mais a carga já existente. Com isso se promove a maior justiça possível entre os operadores de direito, tendo em vista que não se pode conceber um inocente a ser condenado ou que o culpado pelo ato saia impune. Esse formalismo é banido por Dinamarco (2009, p. 265), citando Carnacini, assim prescrevendo: “Ignorar a natureza instrumental do processo favorece o formalismo, à medida em que confere relevância exagerada à forma, em detrimento dos objetivos do instrumento como um todo e dos atos especificamente considerados.”.

O Estado exerce seu poder, e, com isso, através da jurisdição, visa à pacificação social. Pacificação essa que é objetivo nas soluções dos conflitos existentes na sociedade, conforme bem ensina Cintra, Grinover e Dinamarco (1999. p. 41):

Falar em *instrumentalidade do processo*, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõe: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* (v. supra, n. 4) constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.

A busca pela plena satisfação dos jurisdicionados só é possível com a criação de mecanismos que realmente produza uma justiça eficaz, com efetividade e celeridade no processo, adequando o processo a um pensamento moderno com soluções justas e adequadas ao jurisdicionado, conforme ensina Oliveira (2014, p. 9):

À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de

democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas.

Essa perspectiva da instrumentalidade associa-se cada vez mais com as ondas renovatórias, com o pleno acesso à justiça e sempre na busca de uma decisão justa, extirpando as formalidades exacerbadas – sem com isso perder de vista a segurança jurídica do processo com a obediência à lei -, dentro da razoabilidade e proporcionalidade inerentes.

Dinamarco (2009, p. 30) concretiza bem essa perspectiva, em que a instrumentalidade processual tem seu equilíbrio entre o reconhecimento da norma e os valores constitucionais, assim ensinando:

Entende-se que os mecanismos e institutos integrantes da jurisdição constitucional guardam estreita relação funcional com a atenção do constituinte ao equilíbrio entre poder e liberdade e ao reconhecimento de que a lei, os estatutos e o contrato só se legitimam na medida em que compatíveis com os valores guardados superiormente na Constituição e não, simplesmente, porque tenham em si próprios a razão de sua existência e eficácia (*jus quia jussum*): é preciso assegurar, inclusive mediante a predisposição de formas adequadas rápidas e enérgicas para o exercício da jurisdição, a prevalência normativa da vontade oriunda da mais elevada fonte de poder no Estado, ou seja, assegurar a *supremacia da Constituição*.

A instrumentalidade não significa apologia à desobediência às leis, mas caminhar para um processo justo e efetivo, repudiando o conceitualismo exagerado, com a garantia e meio de acesso a uma ordem jurídica justa.

A distribuição do ônus probatório também é um instrumento de equalização de igualdade entre as partes, devendo se estruturar nos princípios e garantias constitucionais como instituto a fundar-se na ordem jurídica justa.

É certo que o princípio do devido processo legal apresenta-se como garantidor das formalidades legais para alcançar um processo justo. A instrumentalidade não se apresenta como seu oposto, muito pelo contrário, se funda como o sustentáculo de garantir ao jurisdicionado a plena satisfação de um resultado efetivo, célere e justo.

3.1.2 A distribuição dos ônus probatório no processo civil brasileiro

Todo direito origina de um fato (*ex facto oritur ius*), o que é levado pela parte ao processo quando comparece em juízo, expondo-os para enquadrar-se e obter uma sentença de consagração do direito substancial.

Nos devidos termos do art. 2º do Código de Processo Civil “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.”, ou seja, a inércia do magistrado se dá apenas até o momento da pretensão posta em juízo.

Nesse requerimento feito pela parte, nossa norma legal atribui o nome de petição inicial, a qual deve conter os requisitos descritos no artigo 282 do Código de Processo Civil. Dentre os requisitos o autor deverá indicar quais as provas que irão demonstrar a verdade dos fatos alegados.

É certo que no Código também prevê os casos em que não se tem de provar, conforme consta no artigo 334 do CPC:

Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos, IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Nos fatos que não dependem de prova, o magistrado encontra-se em situação mais confortável, não necessitando de maiores indagações para alcançar sua convicção e fundamentar sua decisão.

Grande problema advém quando há fatos alegados pelas partes e que dependam de prova, necessitando de uma reconstrução fidedigna - o que se torna difícil, e muitas vezes impossível uma reconstrução tal qual como foi, tendo em vista que é compreendida carga subjetiva daquele que apresenta sua versão e, até mesmo, do magistrado que interpreta o produto reconstruído.

Assim, o julgador precisa criar a reconstrução dos fatos apresentados. Não para buscar sem limites a certeza ou verdade absoluta, mas, para alcançar a probabilidade em seu grau mais elevado possível. Só assim, sua decisão será embasada com elementos que corroboram para uma sentença justa.

Um fato exposto em juízo pela parte pode ser naturalmente possível e juridicamente relevante para uma decisão final, porém, o simples fato de expor não soa como verdadeiro,

notadamente quando impugnado pela parte contrária, ou seja, necessita de comprovação, pela parte, da veracidade de tal fato.

Nesse contexto situa-se o ônus da prova. Dinamarco (2002, p. 71) apresenta o conceito de ônus da prova, assim prescrevendo: “Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.”.

No Direito Romano, a regra do ônus da prova aplicava-se assim: *semper ônus probandi ei incumbit qui dicit*, ou seja, o ônus da prova recai sobre aquele que diz (SANTOS, V. I, p. 95), o que não difere muito de nosso modelo atualmente positivado.

De acordo com a sistemática da distribuição do ônus da prova no Direito Brasileiro, assim prescreve nosso Código de Processo Civil:

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.

A definição de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos é trazida por Bedaque (2013, p. 127), que assim ministra:

Fato constitutivo é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse efeito. Extintivo, porque faz cessar a vontade. Impeditivo é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente os seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente.

Percebe-se que o sistema adotado por nosso Código de Processo Civil é indicativo, determinando quem deve provar o que. Em nosso sistema, fato alegado e não demonstrado é fato inexistente.

Daí se torna crucial o interesse das partes para provar suas alegações, considerando essa atividade como ônus, imperativo do próprio interesse de cada um.

Para o processo judicial, fato não alegado é fato irrelevante. Como também, na sistemática atual, fato não provado é considerado fato não alegado.

A regra estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil está pautada no interesse da parte, ou seja, caberá o ônus da prova àquele que tem interesse no reconhecimento dos fatos que alega, conforme ensina Dinamarco (2002, p. 72/73) referindo-se ao supracitado artigo:

A síntese dessas disposições consiste na regra de que o *ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado* (Chiovenda), ou seja, àquele que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória.

Outra regra é para aquele que invoca direito diverso do Federal, conforme determina o art. 337 do Código de Processo Civil, o qual preconiza que a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, deverá provar-lhe a vigência. Registre-se que a prova será exigida se o juiz determinar, tendo em vista que o magistrado pode ter plena ciência do direito alegado, o que torna desnecessário sua comprovação.

O próprio Código Civil atual, embora fugindo de sua estrutura substantiva, atribui o ônus da prova de interesse daquele que quer ver seu interesse reconhecido, conforme dispõe os artigos seguintes:

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Art. 877. Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.

Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

Destarte, nosso sistema de distribuição do ônus probatório indicado pela legislação adjetiva é fundamentado na base do interesse da parte que quer ver o fato reconhecido como verdadeiro pelo julgador.

3.1.3 A estaticidade da distribuição do ônus probatório no sistema atual

Conforme já delineado, o sistema atual de distribuição do ônus da prova no processo civil embasa-se no interesse da parte que pretende provar determinado fato.

A regra delineada no artigo 333 do Código de Processo Civil é considerada pela doutrina majoritária como regra geral aplicada ao direito, onde, independentemente das

peculiaridades de cada caso apresentado em juízo, o ônus da prova é distribuído ao autor quando apresenta seu fato constitutivo, e ao réu quando apresenta seu fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

Essa sistemática apresentada pelo nosso Código de Processo Civil é caracterizado pela repartição de riscos. Ela não apresenta qualquer distinção que possa ocorrer na natureza do direito material encartado, figurando o autor na sua condição de provar os fatos por ele alegados e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito daquele.

Como a regra geral é de que cabe às partes a produção de provas, o juiz é receptor e destinatário delas. Comentando, assim ensina Dinamarco (2002, p. 51):

Essa passividade judicial integra os modelos do *processo civil dispositivo* clássico, em que ao juiz é imposto um comportamento estático e receptivo, sem outra missão no curso do procedimento senão a de dirigi-lo e chamá-lo à ordem quando necessário (supra, n. 90). A premissa central nesse sistema é a *disponibilidade dos direitos materiais em conflito* que teria por consequência processual a outorga às partes da ampla liberdade de serem mais atuantes ou menos, em relação a instrução da causa, suportando depois as consequências de suas próprias omissões: se lhes é lícito dispor dos direitos, transigir, renunciar a eles *etc.*, também seria legítimo deixar que elas casassem indiretamente o perecimento deles, omitindo-se em provar as alegações das quais dependem a defesa e a vitória na causa.

Embora a prova seja produzida pela parte, isso não quer dizer que, necessariamente, deve aproveitar a parte que a produziu. Uma vez produzida a prova, esta não mais pertence à parte, a partir daí pertence aos autos, onde o magistrado irá julgar conforme as provas existentes no processo judicial (ROSENBERG, 2002, p. 87).

A regra geral do Código de Processo Civil na distribuição do ônus probatório visa a orientar o magistrado para decidir uma demanda, denominando regra estática, conforme ensina Arenhart (*Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*. p. 6):

A função da regra do ônus da prova, pois, não seria a de disciplinar a conduta das partes, mas sim a de orientar o julgamento do magistrado. Sempre que o juiz, ao ser instado a decidir a controvérsia, não se sinta seguro em relação aos fatos (não vendo mais qualquer possibilidade de buscar prova a seu respeito), mantendo ainda assim o dever de julgar, deverá decidir segundo os critérios atribuídos pela regra de ônus da prova. Assim, entenderá que o fato não existe em prejuízo do autor, se se tratar de fato constitutivo do direito deste; prejudicará, todavia, ao réu, quando a falta de prova se der sobre fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do demandante.

O problema que aflige nessa lide de interesses é que eles podem estar invertidos, ou seja, a parte tem a prova do fato, porém, para se ter êxito na demanda, o interesse maior é que o fato não seja provado. Daí, aquele que tem a possibilidade de provar para emergir a verdade, acaba ocultando-a, beneficiando-se da ausência da prova para seu próprio interesse.

É certo que o artigo 339 do Código de Processo Civil aduz que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, porém, seria utópica a certeza de que todas as pessoas agiriam com lisura suficiente para promover a justiça do caso.

Com isso, considerando que o juiz permanece em uma posição passiva, ou, conforme dito em item próprio desse trabalho, o juiz assume uma condição de espectador no interregno da instrução processual, atribuindo a carga probatória nos termos do art. 333 do CPC, sem levar em consideração as peculiaridades do caso, terá apenas que identificar a condição e atribuição de cada um: o fato constitutivo cabe ao autor, enquanto que os fatos impeditivos, modificativos e extintivos cabem ao réu.

Feita a identificação, o êxito da demanda dar-se-á como consequência do cumprimento pela parte das atribuições elencadas na norma descrita no art. 333 do Código de Processo Civil. A decisão pode ser injusta? Sim, pode. Porém, estará revestida da legalidade infraconstitucional descrita no artigo supracitado.

É certo que a regra geral prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil assumiu, de certo modo e conforme o momento histórico, uma postura isonômica entre as partes, considerando o óbvio que perdura no Direito – e no conceito popular – de que *aquele que alega tem que provar*.

A regra da sistemática processual civil está estampada, de forma estática e engessada, baseada na posição que as partes assumem no processo, não levando em consideração a disparidade entre elas, notadamente quanto à observância dos princípios e garantias constitucionais.

A estaticidade encartada na sistemática do art. 333 do Código de Processo Civil é uma regra geral sem a discriminação que deveria ter em cada situação. Ademais, a evolução não se restringe apenas na sociedade em si, deve, também, ser estendida a todo sistema jurídico, adequando suas normas ao contexto social contemporâneo de cada sociedade. Com isso teremos uma evolução simultânea e que ampara os anseios dos problemas e dificuldades de cada época.

3.1.4 Crítica à estaticidade do art. 333 do Código de Processo Civil

Conforme dito, a estaticidade da regra de distribuição do ônus da prova do sistema processual civil encontra-se caracterizada pelo interesse daquele que pretende comprovar o fato em benefício próprio.

Quando a situação concreta funda-se na produção de provas da regra geral de distribuição do ônus, possibilitando, ao final, que o juiz tenha a probabilidade da realidade dos fatos atingindo um grau elevado, não terá maiores repercussões no momento de sentenciar com justiça, haja vista que terá sua convicção elevada e alicerçada nas provas já produzidas.

A questão urge quando a aplicação da regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil se torna insuficiente para dirimir a questão, limitando a convicção do julgador a ponto da incerteza quanto aos fatos apresentados, o que não torna madura a *lide* para decisão, ou melhor, pelo menos uma decisão justa.

O juiz deve dizer o direito e não se pode eximir de julgar (proibição do *non liquet*) a pretensão do direito subjetivo proposto. Agora, isso não quer dizer que, mesmo não estando convicto, ou pelo menos, afastado a dúvida a tal ponto que diminui consideravelmente a injustiça na decisão, tenha que julgar uma contenda.

O comportamento das partes na produção de prova, corroborada pela regra estabelecida pela distribuição do ônus probatório encartada no artigo 333 do CPC, pode deixar o interessado em uma situação cômoda – para não dizer que agiu com deslealdade – na prova de determinado fato. Sua omissão na produção da prova pode gerar seu êxito na demanda, quando a prova do fato que deveria a outra parte provar está em suas mãos.

O magistrado tem a ferramenta descrita no artigo 130 do Código de Processo Civil, onde o juiz pode determinar as provas necessárias à instrução do processo. Porém, apenas essa norma não é o suficiente, tendo em vista que ela dá poderes ao juiz para determinar provas necessárias, mas não apresenta a solução quanto a quem deve produzi-la, haja vista que essa atividade do juiz é complementar pela insuficiência de prova, ao contrário das partes que possuem o ônus probatório.

Além das partes terem o ônus da prova, essa ferramenta autoriza que o juiz busque-as também. É o princípio misto ou princípio da colaboração. O magistrado tem como princípio básico ser imparcial, não sendo crível buscar provas que cabem às partes produzir, mas o juiz pode buscar as provas que lhe contribuam para seu convencimento no momento de decidir.

Agora, com a passividade do magistrado e o engessamento da regra geral da distribuição do ônus da prova disposta no Código de Processo Civil, a partir do momento que o juiz torna-se apenas receptor da prova, produzida ou não, sendo beneficiada a parte que deixou de produzir por interesse próprio (pois só assim terá êxito na demanda), não se está privilegiando o processo justo.

O caráter publicista do processo, que permite a intervenção máxima do julgador, não permite mais que a parte seja beneficiada por interesse próprio, precedendo os princípios e garantias constitucionais, notadamente quanto ao processo e sentença justa, conforme ensina Dinamarco (2002, p. 52):

Essa concepção radical tende no entanto a ser superada, mitigando-se gradualmente a lógica do raciocínio privatista que lhe está à base, seja porque nem só de direitos disponíveis o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo (ativismo judicial: supra, n. 88). Não há mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na instrução. Aquela ideia radical é espelho das premissas privatistas do processo civil, que hoje é reconhecidamente informado pela natureza de instituto de direito público (supra, n. 8).

Essa intervenção do magistrado não pode se dar apenas nos processos que se discutem direitos indisponíveis, mas também quando há direitos disponíveis como objeto do litígio.

Ainda assim, mesmo considerando eventuais direitos disponíveis, a finalização com uma sentença injusta fere de morte o devido processo legal e as demais garantias constitucionais do processo justo emplacadas no Estado Democrático de Direito.

As diferenças culturais e econômicas das partes, quando não equalizadas, são capazes de direcionar o processo para sentenças distorcidas da verdade em razão da insuficiência de provas.

Guilherme (2011, p. 112), considerando os fundamentos de nossa Carta Maior, apresenta ferrenha crítica à regra estática apresentada pelo artigo 333 do CPC, assim fundamentando:

[...] pode-se afirmar que a questão do ônus da prova, muitas vezes compreendido como regra estática, moldada por critérios lógicos atemporais relacionados com a posição processual dos litigantes, acabou por se tornar elemento anacrônico, desconectado da realidade do mundo que a Constituição Federal tão intensamente busca considerar em suas determinações.

A evolução do Estado, bem como os institutos a ele correlatos, é de crucial importância para o interesse da sociedade; o Direito também deve evoluir com ela e propiciar normas que atendam sua evolução. O juiz não pode ser apenas um homologador do interesse particular, notadamente quando o interesse maior e público (Justiça) está sendo posto em jogo. Na história, Pôncio Pilatos, embora visualizando e lamentando a injustiça estampada à sua frente, permitiu que ela prevalecesse, apenas homologando uma decisão popular.

O Estado não pode ficar à mercê de regras ultrapassadas sem considerar o avanço da sociedade e do Direito, pois essa não é a tarefa do operador do direito, conforme os ensinamentos de Pozzoli, delineando a função promocional do Direito (2010, p. 141):

A tarefa do operador do direito, sem sistematizar um conjunto de normas jurídicas, nunca poderá resultar numa sistemática fechada, com pretensões a resolver, através de mecanismos meramente lógicos, todos os problemas que lhe são postos.

Não se reduzindo a mecanismos lógicos, o direito pode ser visto como um discurso persuasivo, um discurso de conversão, dotado de uma força evocadora, ideológica e que leva o destinatário da norma jurídica a ver verdade naquilo que até então não conseguia identificar.

O direito processual não pode continuar engessado pelo sistema atual, deve evoluir concomitante à sociedade, buscando novas regras de aplicação da distribuição do ônus probatório.

3.2 Exceções à regra geral de distribuição do ônus da prova

3.2.1 Uma redistribuição do ônus probatório é necessária

A dinâmica das forças do Estado e privada, notadamente quanto ao avanço avassalador do sistema capitalista, gerando modelos de forças econômicas e financeiras com cifras astronômicas, porém, não pode aniquilar ou justapor o indivíduo sem considerar as disparidades existentes entre eles, devendo ser equalizadas as suas forças através de uma distribuição probatória harmônica e justa.

Nossa Carta Maior é enriquecida de garantias e princípios que almejam a busca por um processo justo - ou melhor, um processo que se alcance uma decisão justa -, com o fim de

concretizar o seu objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3^a, inciso I da Constituição Federal).

A previsão do art. 333 do Código de Processo Civil é engessada e aniquila toda a garantia de observância aos princípios constitucionais, notadamente quanto ao devido processo legal, acesso à justiça, processo justo, contraditório e ampla defesa.

Considerando as extremidades dos pólos existentes na composição da lide processual, à mercê da força destoante do adversário está a parte contrária acorrentada ao seu ônus de provar sob pena de não ver sua pretensão acolhida. Muitas vezes a disparidade entre as partes no âmbito do ônus probatório não está na diferença econômica/financeira, mas sim na facilidade maior do adversário processual provar determinado fato.

Imputar o ônus probatório à parte que não possui melhores condições de se desincumbir, sucumbindo posteriormente na decisão final, nada mais é que aniquilar as garantias constitucionais. A garantia constitucional de acesso à justiça não se restringe apenas ao direito da parte em interpor ação judicial, ela almeja o acesso ao provimento judicial com a demonstração dos fatos com o esgotamento de toda prova em busca da verdade, só assim se alcançará o processo justo.

O modelo atual não nos permite sustentar que a obediência ao devido processo legal se baseia apenas no cumprimento das determinações constantes no direito processual, tendo em vista que a compreensão para uma interpretação harmônica entre os institutos processuais e os princípios constitucionais conduz ao instrumento para a concretização da justiça.

No sistema da íntima convicção do juiz, deve ele se revestir na busca pela verdade dos fatos. Ele vai julgar de acordo com sua convicção de forma subjetiva. Essa convicção do magistrado é íntima e corrobora-se pelas suas convicções internas. Não obstante o caráter subjetivo no momento da decisão, o juiz não está isento de fundamentá-la.

O que urge, muitas vezes, é a ausência de meios e fatores que não estão claramente demonstrados e provados. Muitas vezes, a parte tem ciência dos fatos, tem como prová-lo, porém, amparado pelo artigo 333 do Código de Processo Civil, deixa de fazê-lo em virtude de não ser sua obrigação na distribuição do ônus da prova.

Esse engessamento de nossa legislação pátria é consequência de um pensamento privatista do direito processual, em que o Estado, representado pelo juiz, deixa de intervir na produção de prova para a busca da verdade, imputando toda e qualquer responsabilidade à parte detentora do ônus que lhe cabe pela norma legal (artigo 333 do Código de Processo Civil).

Mas essa não é mais a visão dos processualistas modernos. O direito da parte em sua representação substancial pode até ter o caráter privatista. Em se tratando de direito disponível, a parte pode dispor de seus bens livremente, podendo renunciar, transigir, dar quitação, etc..

Não obstante o direito substancial, o direito processual não pode ser preterido por aquele. O direito processual não retira a disponibilidade da parte em seus direitos, agora, quando se exige sua atuação, notadamente quando se exige uma sentença, não se pode destituir o caráter publicista do processo, sua busca pela verdade para evitar uma sentença injusta. Esse fundamento é inerente às garantias e sistematização constitucional dos princípios embaixadores do Estado Democrático de Direito, conforme ensina Dinamarco (2009 p. 231):

Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo – eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sócio-políticas do juiz, que não de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito, o juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferência personalíssimas. Não lhe tolera, porém a indiferença.

Essa necessidade de modernização do sistema processual civil atual é inerente às necessidades da própria sociedade, conforme ensina Arenhart (Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro, p. 1):

Ninguém tem dúvida de que o processo civil moderno deve atualizar-se para fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea. Tampouco se duvida de que esta mudança não pode depender apenas de alterações legislativas, pois estas, muitas vezes, demoram a ocorrer. Impõe-se, então, buscar aprimorar o processo também com a evolução na interpretação judicial, com o manejo mais ajustado das técnicas processuais postas à disposição do juiz e com o preenchimento das lacunas legais, sob o vento das garantias constitucionais.

Bueno (2013, p. 124) refere-se a uma necessidade de inversão judicial do ônus da prova sob a luz do modelo constitucional existente, conforme leciona:

Referir-se, por tais razões, a uma ‘inversão *judicial*’ do ônus da prova, visando a uma mais adequada *concretização* do sistema processual civil à luz do ‘modelo constitucional’, não é nada despropositado, muito pelo contrário. Máxime em se aceitando, como é correto, a existência de um verdadeiro ‘direito fundamental à prova’, e à necessidade de o magistrado criar condições *prévias* de as partes produzirem a prova que lhes é determinada.

Algumas legislações esparsas já consagraram uma atuação mais enérgica do Estado, normatizando uma distribuição da produção de prova diferentemente do instituído pelo artigo 333 do Código de Processo Civil. Como acontece com o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, onde temos a inversão do ônus da prova. O problema da inversão do ônus probatório no Código de Defesa do Consumidor é que ele se aplica apenas nas relações de consumo. A normatização instituída pelo Código de Processo Civil atual ainda não permite essa distribuição.

É certo que há o reconhecimento da fragilidade da parte na produção de determinada prova, sendo muito mais fácil a produção pela parte adversária. Nesse contexto, o tratamento igual entre partes reconhecidamente desiguais é atentar contra o princípio da isonomia, inclusive considerando qualquer norma que ofenda o citado princípio pode ser considerado inconstitucional, assim ensinando Nery Junior (2010, p. 99):

Por isso é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigalam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigalam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve buscar-se na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional.

Os postulados asseguram aos litigantes apenas a igualdade formal, o que não se coaduna com o fim do direito e não satisfaz o cumprimento do princípio da igualdade estampado em nossa Constituição Federal. A regra de distribuição estática das provas não assegura a real igualdade entre as partes, tendo em vista que a inércia da parte em relação à prova se dá em virtude de fatores econômicos e culturais e não na intenção de dispor de seu direito (BEDAQUE, 2013, p. 106).

Conforme preceitua o artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil, o juiz deverá assegurar às partes igualdade de tratamento, o que corrobora pela crítica ao sistema estático da distribuição do ônus da prova, tendo em vista que trata pessoas desiguais (econômica e tecnicamente) de forma igual.

Vivenciar um Estado democrático de direito significa não apenas a garantia da prestação jurisdicional, mas a garantia de que essa prestação será feita da melhor forma possível, conforme muito bem discorre o professor Silva, N (2005, p. 3):

Democracia significa acima de tudo participação com garantia a igualdade de oportunidades e participação efetiva e adequada (paridade de armas), como uma decorrência natural do princípio da igualdade substancial, é o pleno exercício da cidadania.

Essa paridade de armas é inerente ao novo modelo constitucional do processo civil para proporcionar a equalização entre as partes, mantendo, assim, o equilíbrio entre os envolvidos para se obter uma prestação jurisdicional justa. A função estatal vai muito além de reger ou representar uma nação, pois o Estado tem por fundamentos assegurar a dignidade da pessoa humana, garantir a cidadania, bem como tem como objetivo primordial construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento estatal e, conforme ensina Anselmo (2006, p. 13), “A função primordial do Estado é patrocinar a convivência pacífica entre os indivíduos e grupos que o formam, buscando o bem comum de toda coletividade”. Essa convivência pacífica é atingida no momento em que a prestação jurisdicional proporcionada seja adequada e justa, através da obediência às garantias e direitos fundamentais de nossa Carta Maior.

O conteúdo e fundamento da redistribuição do ônus da prova encontram respaldo no princípio da isonomia, que deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, como ocorre no reconhecimento da desigualdade entre fornecedor e consumidor nas relações de consumo, incorrendo em uma redistribuição do ônus probatório para equalização entre as partes.

3.2.2 A distribuição do ônus probatório no Código de Defesa do Consumidor

3.2.2.1 Pressupostos necessários

Após a Segunda Guerra Mundial, na metade do século XX, houve um crescente avanço da indústria e comércio, ampliando o mercado na circulação de riquezas no contexto

mundial. A partir desse ponto, surgiram os blocos econômicos e os grandes – para não dizer mega – grupos empresariais.

Não obstante a crescente ampliação do comércio e indústria mundial, o consumidor, como destinatário final, manteve-se estático, ou melhor, as regras de proteção aos destinatários do comércio e indústria não acompanharam esse desenvolvimento.

É preciso inovar na questão da produção e distribuição da prova no processo judicial, pois há tempo a culpa foi o elemento fundamental e requisito para a responsabilização daquele que comete ato ilícito. Em virtude da nova sociedade moderna, a força econômica esmagadora das megaempresas no atual mercado mundial, as quais têm como objetivo principal a busca incansável pelo lucro, por isso o desconsiderar a parte frágil na relação de consumo: o consumidor.

Com isso, reclamava a normatização e proteção do consumidor – parte mais frágil da relação – para evitar o abuso e disparidade dos fornecedores de produto e serviço, os quais visavam apenas ao lucro como objetivo principal. O consumismo cada vez mais acelerado criou regras e uma dinâmica global que fugia ao comércio comum entre aquele que vende (o produto ou serviço) e aquele que recebe.

Não se poderia – e não se pode – conceber que o tratamento entre Goliás (fornecedor) e Davi (consumidor) fosse o mesmo. Havia necessidade de tratamento diferenciado para que as partes se equalizassem em seus direitos e obrigações. Com isso, no Brasil, em 11 de setembro de 1990 foi instituída a Lei nº 8.078, o denominado Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto assevera Teixeira (2001, p. 186):

[...] a sistematização do direito do consumidor surgiu como resposta da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos. Percebeu-se, enfim, a insuficiência da concepção liberal individualista para satisfazer essa nova realidade da sociedade de consumo.

Com uma visão inovadora, a criação do Código de Defesa do Consumidor teve por fundamento a conciliação do princípio dispositivo com o equilíbrio entre as partes, criando mecanismos para facilitar a defesa do consumidor. Inova a instituição do Código de Defesa do Consumidor onde reconhece que a realidade das relações sociais e jurídicas foge ao equilíbrio entre as partes envolvidas (GUILHERME, 2011, p. 175). Dentre os mecanismos estão a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova.

A responsabilidade objetiva tem sua previsão legal nos artigos 12 e 14 da lei 8078/90, onde prevê que os fornecedores de produto e serviços respondem, independentemente da existência de culpa, ou seja, contrariando a responsabilidade comum da qual prescinde a existência de culpa (responsabilidade subjetiva). A existência de culpa não é requisito necessário para responsabilizar o fornecedor, bastando que concorram o fato, o dano e o nexo causal.

Não obstante, em virtude do objetivo do presente estudo, iremos nos ater ao mecanismo da inversão do ônus da prova.

Pela introdução das regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC), além da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, quando, a critério do juiz, diante da alegação verossímil e a hipossuficiência do consumidor, poderá ocorrer a inversão do ônus dessa prova, conforme prevê o artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, assim descrito:

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;

A motivação para a criação do CDC e das regras de facilitação da defesa se dá pelo fato de se reconhecer a disparidade existente entre consumidor e fornecedor. Com isso, surge a necessidade de se restabelecer a substancial, e não a meramente formal, igualdade. Invertido o ônus, ao fornecedor caberá fazer prova liberatória de sua culpa.

Há reconhecimento expresso da vulnerabilidade do consumidor, emergindo como princípio norteador de suas normas, conforme art. 4º, inciso I do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Embora não inserido no texto do artigo 6º, inciso VIII do CPC, tem-se que o principal requisito (requisito geral) para se enquadrar nas regras consumerista é que a relação jurídica entre as partes seja caracterizada por uma relação de consumo.

A relação de consumo se dá quando estão presentes duas figuras na relação jurídica entre as partes: o fornecedor e o consumidor.

A definição de fornecedor encontra-se descrita no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A definição de consumidor encontra-se descrita no art. 2º da lei consumerista: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”.

Os requisitos específicos para que seja determinada a inversão do ônus probatório são: a) quando for verossímil a alegação; b) quando o consumidor for hipossuficiente, conforme artigo 6º, inciso VIII do CPC.

Para verificação da verossimilidade das alegações, o magistrado deve valer-se das regras de experiência. Esse juízo de verossimilhança é um juízo de dedução dos fatos como possivelmente verdadeiros e ocorridos, ele se assenta em um juízo de probabilidade. Não se exige certeza, pois se assim o fosse o processo já estava maduro para sentença.

O juiz analisa os motivos que são favoráveis para a parte (convergentes) e os que não são (divergentes). A análise parte do aumento dos motivos convergentes para também aumentar a probabilidade da verossimilhança. Se os divergentes aumentam, a probabilidade diminui.

A hipossuficiência da parte não é considerada e medida apenas pela capacidade econômica do consumidor, extrai-se de um vasto conteúdo, dentre eles a possibilidade de acesso a informações educacional ou posição social.

Citamos como exemplo quando um consumidor deve produzir uma prova pericial de alto custo ou mesmo de provas que a própria empresa possui. Seria injusto lhe imputar esse ônus quando se tem, no polo passivo, uma empresa vultosa e de grande capacidade financeira. Nesse caso mostra-se a hipossuficiência do consumidor.

A hipossuficiência de uma das partes não é fator de sorte ou azar porque o “O processo não é um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito.”, conforme ensina Bedaque (2013, p. 109).

A consideração do legislador é a de que o consumidor hipossuficiente é a parte mais fraca da relação e não terá condições de suportar a produção de determinada prova. A inversão é sempre um critério do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso e aplicar a inversão.

Quanto à inversão e seus requisitos foi demonstrada a necessidade para equalizar a disparidade existente entre consumidor e fornecedor. A questão encontra divergência entre os doutrinadores quanto à regra de sua aplicação, se seria de julgamento ou de procedimento.

3.2.2.2 Regras de aplicação da inversão do ônus probatório no CDC - Momento processual para a aplicação

Ponto polêmico quanto à inversão do ônus da prova na relação de consumo é quanto à regra da aplicação da inversão, se é de julgamento ou de procedimento.

Aos autores que adotam a primeira teoria, entende-se que a inversão do ônus probatório ocorre apenas na sentença, fundamentando que a regra do ônus da prova não regula os deveres (ônus) das partes, mas direciona a forma como o juiz irá julgar o processo de acordo com a existência – ou inexistência – da prova. Esse posicionamento é defendido por Watanabe (2001, p. 735), fundamentando que “as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa”.

Naqueles que entendem que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no interregno do processo, como regra de procedimento, em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, possibilitando à parte para que produza a prova, conforme entendimento de Cassio Scarpinella Bueno, Hugo Nigro Mazzilli.

Segundo ensinamentos de Bueno (2013, p. 124):

Toda temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipótese de sua inversão – máxime se aceita a referida ‘teoria *dinâmica*’ -, seja ela convencional ou legal, deve ser entendida como regra de *procedimento* e não como regra de *julgamento*. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as *reais* possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de *variação* das regras gerais (*estáticas*) dos incisos do art. 333.

Mazzilli (2006, p.168) acrescenta o fato de o juiz verificar apenas quando os autos vierem conclusos para sentença a necessidade de inverter o ônus da prova. Nesse caso, seu entendimento é de que o magistrado deve converter o julgamento em diligência e facultar a parte em que pesará o ônus da prova, alertando-a da inversão.

Não apenas a doutrina, mas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se divide acerca do momento correto para aplicação da inversão do ônus probatório. Nesse ponto, segue julgado quando nossa Corte considera o momento de inversão do ônus da prova como regra de julgamento:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO. A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento. - Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal.” (STJ, REsp 949000 / ES, 3ª turma, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJe 23/06/2008) (grifo nosso)“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. Cada parte deve produzir todas as provas favorável de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela **inversão do ônus da prova na sentença.**” (STJ, REsp 1125621 / MG, 3ª TURMA, REL. Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 07/02/2011) (grifo nosso)

Em contrapartida, o Colendo Superior Tribunal de Justiça também já se posicionou sobre a inversão do ônus da prova como matéria de instrução, conforme segue:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.[...] 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. [...] 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexos causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida **"preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade"** (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). (STJ, EREsp 422778 / SP, 2º Seção, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 21/06/2012) (grifo nosso)

Sem embargos dos fundamentos válidos das duas posições, entendemos que a inversão deva ocorrer na instrução do processo, evitando que as partes sejam pegas de surpresa. A partir do momento que o magistrado indica às partes o ônus de cada uma, possibilita que desempenhem suas atividades com mais afinco, evitando sentença desfavorável para si.

Destarte, a inversão do ônus da prova é uma exceção à regra comum e traduz verdadeiro avanço em defesa do consumidor. Não obstante, aplica-se apenas nas relações de consumo. No estudo no processo civil há outras teorias que corroboram para a distribuição do ônus probatório diferentemente do conceito estático do CPC, conforme veremos no próximo capítulo.

3.2.3 Teoria da Carga Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova;

Nosso sistema processual atual adotou a distribuição estática do ônus da prova, onde cabe ao autor provar o fato constitutivo de direito e ao réu os fatos extintivos, modificativos e impeditivos, conforme preceitua o artigo 333 do Código de Processo Civil, direcionado para a posição das partes no processo.

O sistema estático tem características privativas, o que não se coaduna com a evolução moderna do caráter publicista do processo. A sociedade evolui e com ela deve evoluir o direito também. O engessamento da legislação causa enormes prejuízos na busca da verdade, tendo em vista que as evoluções sociais, conseqüentemente os negócios jurídicos acumulam inovações.

A teoria da distribuição do ônus da prova de forma estática, em alguns casos, não mais norteia as garantias constitucionais em busca da preservação dos direitos fundamentais, tal como o acesso à justiça (CF, artigo 5º, inciso XXXV), contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º, LV), devido processo legal (CF, artigo 5º, inciso LIV), dentre outros.

A parte que é onerada da prova conforme a distribuição estática, em alguns casos, torna-se difícil – ou quase impossível – essa prova. Enquanto a outra parte permanece em uma situação cômoda de inércia, apenas aguardando a sentença favorável. Muitas vezes, essa parte inerte é que possui condições de provar os fatos narrados, o que, caso o fizesse, a verdade viria à tona, porém, não o faz para beneficiar-se da inércia e ter uma sentença favorável para si.

Uma decisão justa apenas é alcançada se a verdade é apresentada. Assim, a decisão será alicerçada no direito material pelos fatos devidamente provados. A estaticidade da forma de distribuição da prova não é o suficiente para a eclosão da verdade. Assim, as novas teorias de flexibilização do ônus probatório é mais uma ferramenta para a busca por uma sentença justa.

A forma de observar a distribuição do ônus da prova na forma estática é demasiadamente rígida. Os doutrinadores começaram a observar que a distribuição do ônus probatório deveria ser analisada a cada caso, tendo em vista que aquela fórmula se apresentava muitas vezes insuficientes ou inadequadas. Na lição de Calamandrei (1999, p. 286), um sistema processual diferentemente do existente (princípio dispositivo), ao invés de estar intimamente ligado segundo a posição processual das partes, poderia ser avaliado em cada caso pelo juiz, tendo por fundamento a verossimilitude das afirmações das partes, assim ensinando:

Caberia imaginar um sistema processual (diferente do nosso, que segue ainda em grande parte os esquemas tradicionais do processo de tipo dispositivo), no qual a distribuição da carga da prova, no lugar de estar rigidamente preestabelecida por lei segundo a posição processual das partes e a natureza dos fatos a provar ajustada à relação jurídica, estivesse determinada em cada caso pelo juiz segundo uma prévia avaliação comparativa da verossimilitude das afirmações das partes.

A teoria da Carga Dinâmica da Distribuição do Ônus da Prova é uma construção doutrinária e jurisprudencial, foi criada como técnica processual e tem por objetivo a garantia da efetivação dos princípios e garantias fundamentais com a flexibilização da distribuição do ônus probatório em circunstâncias excepcionais (PEYRANO, 2008, p. 169).

No século XVII, o jusfilósofo inglês Jeremías Bentham já apresentava fundamentos que o ônus de provar era inerente àquele que tivesse melhores condições técnicas, profissional e fática de produzi-las, assim escrevendo o referido autor (2001, p. 445): “*la carga de la prueba debe ser impuesta, em cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar com menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.*”¹⁹.

Não obstante, foi o jurista argentino Jorge Walter Peyrano que sistematizou e desenvolveu tal teoria.

¹⁹ Tradução livre “O ônus da prova deve ser aplicada, em cada caso concreto, imputando para aquela parte que podem fornecer com menos inconvenientes, ou seja, com menos atraso, assédio e despesas”.

Segundo Peyrano (2008, p. 20/23), em debate realizado no XVII *Congresso Nacional de Derecho Procesal*, foram extraídas algumas conclusões quanto à distribuição da carga probatória dinâmica: a) primeira conclusão – a temática da distribuição da carga probatória dinâmica vige que o deslocamento do ônus probatório tem por fundamento a efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional, corroborando os princípios da solidariedade e responsabilidade das partes; b) segunda conclusão – o deslocamento do ônus probatório utilizando a teoria da carga dinâmica deve ser utilizado quando o caso realmente necessitar e a regra geral se tornar realmente ineficaz na busca da verdade; c) terceira conclusão – se recomenda que o ideário da teoria da carga probatória dinâmica seja incorporado na legislação através de disposição expressa, pois, como relata o referido autor “*Es que, guste o no, lo cierto es que el aval legislativo expreso de una institución es importante y crucial a la hora de decidir los jueces respecto de la posibilidad de aplicar tal o cual figura ‘novedosa’.*”²⁰; d) quarta conclusão – o deslocamento do ônus probatório aplicado na sentença poderia trazer riscos para a parte, sendo crível que as partes, antes da produção das provas, sejam advertidas do ônus probatório que deverão encarar.

A verossimilitude das afirmações das partes tem valor considerado para a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, tendo em vista que está relacionada àquele que tem melhores condições de provar, ou seja, de acordo com as afirmações das partes consideradas verossímil. Não pode ser subsidiariamente aplicada simplesmente pelo fato da parte inicialmente onerada permanecer inerte.

Chiovenda (1965, p. 389), no ano de 1965, já alertava para as tendências modernas sobre o ônus da prova, as quais contrapunham o princípio dispositivo da repartição legal do ônus probatório, assim ensinando:

Num sistema que admitisse a pesquisa de ofício da veracidade dos fatos, não teria significação a repartição do ônus da prova. Ora, acontece, justamente, que, a passo com a tendência contrária do princípio dispositivo na verificação dos fatos, se manifesta uma tendência contrária à repartição legado do ônus da prova, do que encontramos já na doutrina e mesmo nas obras legislativas mais recentes.

Segundo autores, a teoria da carga dinâmica do ônus probatório modifica o modo de interpretar o fenômeno da produção da prova e busca satisfazer o critério de justiça em consonância com os princípios e garantias constitucionais, inerentes ao moderno processo

²⁰ Tradução livre “É que, gostemos ou não, o fato é que o apoio legal expressa de uma instituição é importante e fundamental para os juízes decidir sobre a possibilidade de aplicar esta ou aquela nova figura.”

constitucional, conforme muito bem salientado por Guilherme (2011, p. 161/162), nestes termos: “Não por outra, razão, tem ela sido interpretada em consonância com o desenho constitucional do processo em nosso país, o qual também postula uma interpretação valorativa do processo na busca pelo acesso à justiça.”

Essa teoria, ao contrário da regra estática, não está adstrita apenas a uma parte, muito pelo contrário, é inerente a todos os litigantes. Para melhores esclarecimentos, transcrevemos as palavras de Guilherme (2011, p. 164):

Sob a denominação de teoria dinâmica dos ônus da prova se encontra uma nova modalidade doutrinária de técnica processual, que pretende flexibilizar a rigidez das regras do ônus da prova, bem como facilitar a aplicação da distribuição de tal ônus da prova, bem como facilitar a aplicação da distribuição de tal ônus processual, em alguns casos mais complexos. Segundo esta técnica inovadora deve-se superar a distinção formal entre autor e réu, ou demandante e demandado, para que se possa, em alguns casos mais específicos, fazer recair sobre ambas as partes o ônus da prova e, em especial, sobre aquele que se encontre em melhores condições para produzi-la.

Assim também afirma Lazari (2012, p. 248/249):

Afinal, num mesmo processo, comumente ocorre de mais de um ponto, de distintas naturezas, dependerem de prova, podendo ser o ônus de um deles dinamizado a uma parte, e o de outro assim feito à outra parte. Em outras palavras: a distribuição dinâmica não significa dizer que o ônus recairá exclusivamente sobre uma parte, se possível for que ambos os litigantes possam ser objeto da dinamização. E, como se não bastasse, além da natureza da matéria, pode ser que o requerente melhor possa provar o que originariamente competiria ao requerido, e vice-versa.

Outra questão que se traz à tona é o que seria “melhores condições” de provar. Essa questão não está apenas direcionada à situação financeira e econômica, mas sim a todas as circunstâncias que caracterizam a fragilidade e disparidade das partes na produção da prova, tais como técnica ou mesmo uma posição mais vantajosa, seja social, econômica ou jurídica.

O momento ideal para o juiz proceder à inversão probatória seria antes da instrução processual, possibilitando, assim, às partes para que desincumbam do ônus ao qual foram submetidas.

Há de se advertir que a teoria da carga probatória dinâmica não despreza a clássica regra de distribuição do ônus probatório, aniquilando-a e substituindo-a. Na verdade, ela complementa e aperfeiçoa em casos específicos onde aquela se torna superável.

3.2.4 Teoria da Carga Dinâmica da prova e inversão do ônus probatório no CDC. Naturezas distintas?

É certo que tanto a teoria da Carga Dinâmica da Prova como a inversão do ônus probatório expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor surgiram como consequência do anseio do direito moderno.

As relações sociais e jurídicas evoluíram e sufocaram os institutos processuais, notadamente quanto à distribuição do ônus probatório, o qual se tornou insuficiente – e muitas vezes inadequado – para a solução do conflito.

A questão surge quanto à relação próxima entre a teoria da Carga Dinâmica da Prova com a inversão do ônus probatório: os dois institutos são diversos ou se trata da mesma natureza, apenas diferenciando-se na nomenclatura?

Para melhor elucidar, apresentamos os pontos principais de ambos. Na inversão do ônus probatório previsto no Código de Defesa do Consumidor temos como requisito geral para sua aplicação a existência de relação de consumo, quando presentes duas partes: consumidor e fornecedor.

Além da regra geral, há necessidade da existência dos requisitos específicos: a) quando for verossímil a alegação; b) quando o consumidor for hipossuficiente, conforme artigo 6º, inciso VIII do CPC.

Os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança não são de aplicação conjunta, ao contrário, são alternativos. Essa alternatividade é indicada pela interpretação gramatical do dispositivo, que utiliza a conjunção “ou”, separando os dois requisitos.

Percebe-se que a motivação para a criação da inversão do ônus probatório na relação de consumo e das regras de facilitação da defesa se dá pelo reconhecimento da fragilidade de uma das partes apenas: o consumidor. Essa vulnerabilidade do consumidor é princípio norteador do direito do consumidor, conforme art. 4º, inciso I do CDC.

Quanto à teoria da Carga Dinâmica da Prova, possui em comum com a inversão do ônus da prova a equalização, a distribuição de forma equilibrada na disparidade existentes entre os litigantes, buscando, assim, o acesso pleno da justiça para o alcance de uma sentença justa. Porém, embora sob os mesmos fundamentos – ou ao menos parecidos -, possuem diferenças em sua aplicação.

A teoria da Carga Dinâmica da Prova não possui previsão legal, sendo uma construção teórica e que se tem sido aplicada pela jurisprudência. Não se exige uma relação

específica ou apenas em determinado segmento para sua aplicação, como ocorre com a inversão do ônus da prova que é aplicada apenas nas relações de consumo.

A teoria da Carga Dinâmica da Prova não se aplica apenas a uma parte litigante específica (autor, réu, consumidor, etc.), sua aplicação e distribuição do ônus da prova é direcionada a qualquer parte envolvida no litígio. Na *lide* existente, uma das partes pode até ser considerada hipossuficiente ou mesmo ser verossímil sua alegação, isso não quer dizer que será isenta do ônus probatório, pois se estiver em melhores condições de provar os fatos, será ela onerada, independentemente de sua hipossuficiência ou alegações verossímeis.

Malgrado as semelhanças entre a teoria da Carga Dinâmica da Prova e a inversão do ônus probatório estampado no CDC, tem-se que esta última prescinde de requisitos pré-estabelecidos pela legislação consumeirista, não possuindo o juiz qualquer discricionariedade para avaliar as peculiaridades do caso concreto. Ao contrário da primeira, o qual o juiz avalia o caso concreto e, de acordo com as regras de experiência e peculiaridades existentes, aplica a teoria da Carga Dinâmica da Prova.

Percebe-se que os requisitos e aplicabilidade de ambas são diversos, não sendo crível, *data venia*, apontar como da mesma natureza.

3.2.5 Flexibilização do Ônus probatório pelos Tribunais

Conforme já dito, nosso sistema processual civil adotou a forma estática de distribuição do ônus probatório, o que se caracteriza pela distribuição taxativa dos fatos a serem provados. Cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu os fatos modificativos, impeditivos e extintivos. Assim, impera o princípio dispositivo, pelo qual a atuação do magistrado se limita aos fatos e pedidos da parte, sem o poder de intervir.

Não obstante a iniciativa da parte em provar aquilo que lhe cabe, tem o magistrado o dever de julgar com justiça e, para isso, precisa ter conhecimento dos fatos como realmente aconteceram. Embora haja a estaticidade adotada pelo sistema, a doutrina e também os tribunais vêm redirecionando o posicionamento privatista da estaticidade da distribuição do ônus da prova. Essa mudança é consequência da visão publicista e instrumentalista do processo para que proporcione o acesso pleno à justiça e se alcance uma decisão justa.

O magistrado não pode mais permanecer estático ao sistema. A evolução processual é inerente ao seu próprio aperfeiçoamento. Com isso, o juiz passa a não mais ficar

engarrado ao princípio dispositivo e à estaticidade da distribuição do ônus probatório estampado no artigo 333 do CPC.

Para que seja aplicado o direito substancial, o juiz deve julgar de acordo com a realidade fática. Assim, imbuído no seu poder instrutório, deve o magistrado partir em busca da verdade, mesmo que a parte responsável pela prova permaneça inerte. Nesse diapasão, é fundamental a busca da verdade e flexibilização da distribuição estática do ônus da prova, redirecionando a responsabilidade de provar àquele que possui melhores condições para tanto.

Não apenas a doutrina, mas os Tribunais têm flexibilizado a distribuição do ônus da prova, redistribuindo àquele que possui melhores condições, conforme REsp **1084371** / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0185677-2 Ministra **NANCY ANDRIGHI**. T3 - TERCEIRA TURMA. Data julgamento 01/12/2011. Publicação DJe 12/12/2011 RDDP vol. 108 p. 126.²¹

Tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, os fundamentos do julgado supra para a aplicação na legislação pátria da teoria da carga dinâmica da distribuição do ônus probatório se dá em consagração vários princípios constitucionais, assim relatando em seu voto: “Finalmente, vale frisar que, apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*”.

²¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO.

1. O processo monitorio divide-se em duas fases distintas - monitoria e executiva - apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor.

2. A fase monitoria é de cognição sumária, sempre *inaudita altera pars*, cabendo ao juiz verificar a regularidade formal da ação, a presença dos pressupostos para o regular desenvolvimento do processo e, sobretudo, a idoneidade do documento apresentado como prova da existência do crédito.

3. Opostos os embargos pelo réu, inaugura-se um novo processo que, nos termos do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, tramitará pelo rito ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com ampla dilação probatória. Assim, a cognição, que em princípio é sumária, será dilatada mediante iniciativa do réu em opor embargos, permitindo que se forme um juízo completo e definitivo sobre a existência ou não do direito do autor.

4. O processo monitorio não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitoria, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório.

5. O documento que serve de base para a propositura da ação monitoria gera apenas a presunção de existência do débito, a partir de um juízo perfunctório próprio da primeira fase do processo monitorio. Trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentação complementar, se for o caso.

6. Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Os fundamentos da Ministra apresentam como necessidade de uma distribuição que cumpra o anseio da busca da verdade, tendo em vista que a regra estática adotada pelo artigo 333 do Código de Processo Civil “assenta-se em regras rígidas e objetivas”.

A relatora traz como fundamento para a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica da distribuição do ônus da prova os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior, assim prescrevendo: “conforme as particularidades da causa e segundo a evolução do processo, o Juiz pode deparar-se com situações fáticas duvidosas em que a automática aplicação da distribuição legal do *onus probandi* não se mostra razoável para conduzi-lo a uma segura convicção acerca da verdade real”.²²

Os fundamentos apresentados no referido julgado não estão fulcrados apenas na doutrina, mas embasados em princípios e garantias constitucionalmente previstos, tais como nos princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF), da solidariedade (art. 339 do CPC) e da lealdade e boa-fé processual (art. 14, II, do CPC), bem como nos poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC).

Assim também decidiu o Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades: Rec. Esp. nº 69.309- SC²³, REsp 619148 / MG²⁴. Os Tribunais estaduais também já julgaram nesse sentido: TJRS Agravo de Instrumento Nº 70011691219²⁵; TJRS Apelação Cível Nº 70010284180²⁶; TJRS Apelação Cível Nº 70006513477²⁷.

Não apenas o Tribunal do Rio Grande do Sul tem decidido com a flexibilização da distribuição do ônus da prova, mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **em decisões recentíssimas**, caminha na mesma esteira, conforme julgamento de processo que tem a responsabilidade civil sobre serviços odontológicos que causaram parestesia em paciente. O processo teve a apelação julgada em 08/04/2014 e como relator o Desembargador CARLOS ALBERTO GARBI, apelação nº 0000195-08.2005.8.26.0067²⁸. O relator fundamenta em sua decisão a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus probatório: “[...] pode ser aplicada à hipótese a distribuição dinâmica do ônus da prova”.²⁹

²² (Curso de direito processual civil, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 43ª ed., 2008, p. 191).

²³ (STJ - 4ª T.; Rec. Esp. nº 69.309- SC; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; j. 18.06.1996; v.u.).

²⁴ REsp 619148 / MG RECURSO ESPECIAL 2003/0231962-3 Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) T4 - QUARTA TURMA Julgamento 20/05/2010 DJe 01/06/2010 RDDP vol. 89 p. 136 RT vol. 900 p. 191

²⁵ Agravo de Instrumento Nº 70011691219, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 20/05/2005.

²⁶ Apelação Cível Nº 70010284180, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 16/03/2005.

²⁷ Apelação Cível Nº 70006513477, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 15/12/2004.

²⁸ TJSP, Apelação Cível, 10ª Câmara Comarca: Borborema, nº 0000195-08.2005.8.26.0067, Data do julgamento: 08/04/2014, Data de registro: 10/04/2014, Relator(a): Carlos Alberto Garbi.

²⁹ E assim continua em sua fundamentação no referido acórdão: “[...] teoria que foi bem esclarecida por LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO: ‘O desiderato que se assinala ao ônus da prova está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda

Outro julgamento ocorrido recentemente também concretiza o pensamento contemporâneo no mesmo sentido, sendo relator o Desembargador Dr. José Maria Câmara Junior, no julgamento do processo nº 0059053-30.2012.8.26.0053³⁰.

No caso supra, a autora interpôs ação de indenização em face do Estado em virtude de falha na prestação de serviço, pois realizou intervenção cirúrgica na autora para esterilização definitiva (laqueadura), porém o procedimento foi ineficiente, ocasionando a terceira gestação.

O Desembargador José Maria fundamenta que “No caso, a parte autora não reúne capacidade técnica para se desincumbir do ônus que lhe compete, porquanto afirma o ilícito e atribui ao dever de indenizar para o Estado”, ou seja, a capacidade de provar os fatos não está em poder da requerente, mas sim, na capacidade do Estado.

Mais adiante corrobora a necessidade de reavaliação da teoria clássica de distribuição do ônus da prova no CPC: “Em outras palavras, adotando a teoria clássica do ônus probatório, o estágio processual pode revelar, em determinadas situações, impossibilidade técnica ou financeira de produção da prova estritamente necessária para o deslinde da demanda.”.

Nota-se que a crítica à teoria clássica de distribuição do ônus probatório (estática) não mais supre as necessidades e dinâmica do atual estágio da técnica processual, inviabilizando sua aplicação sem levar em consideração os fatores que se apresentam no caso concreto de cada demanda.

É dever do Estado-juiz assegurar a produção de todos os meios probatórios possíveis para, assim, investigar os fatos e caminhar em busca da verdade. Ressalta-se que a iniciativa probatória oficial não compromete a imparcialidade do julgador. Malgrado o poder investigatório, ao determinar a produção de alguma prova, o juiz não tem condições de saber seu resultado de antemão.

mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC. Logo, em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova? (Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo, ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 337).

No mesmo sentido PAULO ROGÉRIO ZANETI conclui que: ‘em determinados casos concretos a única forma de o juiz prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional remonta à possibilidade de o magistrado, valendo-se de seus poderes instrutórios do art. 130 do CPC, flexibilizar as regras clássicas da distribuição do ônus da prova, adotando, para esse fim, a teoria da carga dinâmica da prova, que atribui ônus probatório à parte que tem melhores condições e facilidade de fornecer a prova para o deslinde do litígio. Impõe-se o ônus, destarte, àquele que realmente pode e tem condições de convencer o magistrado acerca da veracidade, ou não, dos fatos alegados no processo.’ (Flexibilização das regras sobre o ônus da prova, Editora Malheiros, 2011, p. 151).

³⁰ TJSP Relator(a): José Maria Câmara Junior Comarca: São Paulo Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 02/04/2014 Data de registro: 02/04/2014

Esse poder instrutório é garantia que proporciona uma apuração mais completa dos fatos, favorecendo uma aplicabilidade do direito material de forma mais correta e com justiça.

O que importa no processo judicial é que saia vitorioso aquele que realmente tenha razão e tenha seu direito subjetivo protegido pelo direito material. Destarte, apenas assim pode-se dizer que a prestação jurisdicional foi adequadamente aplicada e o acesso pleno à justiça teve efetivamente realizada sua função.

3.2.6 Mudanças com o projeto do novo Código de Processo Civil

Nosso atual Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, portanto em período anterior à Constituição Federal de 1988, passou a ser objeto de inúmeras reformas, objetivando sempre melhorar e adaptar as novas relações jurídicas vivenciadas por exigência do próprio avanço social.

Em vista de implementação por completo no sistema processual, no ano de 2009, o Senado Federal tomou a iniciativa nomeando uma Comissão de Juristas encarregada de estudos e audiências públicas para elaborar um anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. A comissão foi presidida pelo Ministro Luiz Fux³¹.

Em 2010, foi entregue ao Senado Federal o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, dando origem ao Projeto de Lei n. 166/2010. Após várias discussões, o projeto de lei foi encaminhado à Câmara dos Deputados.

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei recebeu o n. 8.046/2010 e foi submetido ao Plenário e aprovado com encaminhamento ao Senado Federal, conforme decisão em 26/03/2014 (última tramitação³²).

Embora inúmeras as alterações delineadas na reforma do Código de Processo Civil, para estudo do presente trabalho nos atemos quanto à questão do ônus da prova instituído no Projeto de Lei.

Inicialmente, quando apresentado no Senado Federal, o anteprojeto apresentava o seguinte enunciado:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.

³¹ Então membro integrante do Superior Tribunal de Justiça

³² Em pesquisa no site oficial da câmara dos deputados em 06/04/2014. Site www.camara.gov.br.

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o a parte que tiver melhores condições de produzi-la.

§ 1º. Sempre que o juiz produzir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar a parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º. A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica na alteração das regras referentes aos encargos das respectivas produção.

Com as alterações e aprovação pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 8046/2010³³, inclusive alterando o artigo 261 para o artigo 380, onde teve a seguinte redação:

Art. 380. 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.

§ 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. Neste caso, o juiz 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.

Embora modificada o enunciado inicialmente proposto, seu conteúdo principal foi mantido. A distribuição clássica quanto à posição da parte (forma estática de distribuição do ônus probatório) foi mantida (art. 380, incisos I e II), porém, foi acolhida, também, a chamada teoria da carga dinâmica do ônus da prova (art. 380, § 1º).

Assevera que a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova é subsidiária à aplicação da forma estática, com observância das peculiaridades de cada caso e em decisão fundamentada. Não há necessidade de reconhecer a hipossuficiência da parte contrária ou verossimilhança da alegação – como ocorre no Código de Defesa do Consumidor.

A distribuição do ônus da prova é imposta àquele que possuir melhores condições e facilidade de produzir.

Além de acolher a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, o enunciado é bem claro quanto a ter acolhido a regra de procedimento na distribuição. Conforme se observa na

³³ Redação final da Câmara dos Deputados com aprovação em 26/03/2014, <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>> disponível em 29 de abril de 2014.

parte final do § 1º do art. 380 “Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, não basta o juiz decidir pela inversão do ônus da prova, deve ele comunicar a parte da sua incumbência para que possa produzir a prova, conforme também reconhece Bueno (2013, p. 126):

A regra sugerida parece ser suficientemente clara quanto a terem o Anteprojeto, o Projeto do Senado Federal e, agora, os trabalhos da Câmara dos Deputados, não só acolhido a chamada ‘teoria dinâmica do ônus da prova’, mas tratado do assunto como verdadeira regra de *procedimento*.

A questão de reconhecer expressamente que a regra de distribuição do ônus da prova é de procedimento é bem clara. Tanto é assim que, além do texto determinar que a parte deva ser comunicada do ônus que lhe incumbe, a decisão de inversão do ônus probatório, se for o caso, será proferida no despacho saneador, assim descrito no art. 364, inciso III:

Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380;

Nestes termos, resta evidente que o legislador opta pela regra de procedimento. O contraditório é elemento marcante no presente código, com expressa menção de que *sempre* deverá ser ouvida a parte antes da decisão final, conforme podemos observar logo no início do diploma, em seus artigos 7º e 9º:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

[...]

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

As alterações do novo diploma processual, caso aprovado e sancionado, são de suma importância para evolução dos institutos jurídicos, notadamente quanto à distribuição do ônus probatório, conforme assevera Tonoli³⁴ (2012, p. 284):

A proposta trazida pelo legislador no art. 262 do Projeto de Lei 166/2010 – Novo Código de Processo Civil Brasileiro será um grande avanço em

³⁴ O autor refere-se ao art. 262 do projeto de lei, porém, houve alteração do projeto inicial e a redação final da Câmara dos Deputados existente nesta data (29/04/2014) condiz com o art. 380. O Projeto segue para o Senado Federal onde poderá, ainda, sofrer modificações.

processo democrático, pois no atual estado de evolução da doutrina do direito processual civil, as regras de divisão do ônus da prova não devem constituir limite ao poder instrutório do juiz, devendo, pois, sua atividade ser a mais ampla possível no âmbito da instrução processual, desde que sempre balizada pela observância do contraditório e pela obrigatoriedade de motivação.

Destarte, a alteração legislativa consagra a crescente evolução do direito processual, com a introdução da teoria da carga dinâmica da distribuição do ônus da prova defendida há muito pelos doutrinadores, e que já estava sendo aplicada pelo Poder Judiciário em suas decisões.

CAPÍTULO 4 - A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO PARA A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 A Prova Como Direito Fundamental

Conforme restou registrado no presente estudo, a Constituição Federal e processo trata-se de um binômio indissociável, presentes em todos os termos, onde todas as normas de direitos e garantias fundamentais têm sua aplicação imediata, instalando-se o direito processual constitucional.

A nova terminologia utilizada como direito processual constitucional não inicia um novo ramo do direito, mas um estudo da ordem processual com visão a partir dos princípios constitucionais, conforme ensina Barroso (2005. p. 2):

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

A preservação e concretização das normas fundamentais, antes da aplicabilidade pelo judiciário, o legislativo tem esse compromisso, com ação orientada para a efetivação do preceito constitucional, sem diferenciar entre as regras e princípios, mas como o sistema considerado em seu todo.

Assim considerando, temos que a tutela constitucional do processo visa a harmonização de todos os institutos fundamentais do processo com supedâneo nos princípios – implícitos e explícitos – na Constituição Federal, alcançando uma prestação jurisdicional adequada e justa, em respeito ao devido processo legal, conforme ensina Franzé (2010, p. 94/95):

Por estas razões, o estudo constitucional do processo é apontado como uma das características mais relevantes da atual fase científica do direito processual. E diante desta amplitude, o processo deve se pautar pelo devido processo legal, além de assegurar as formas instrumentais adequadas para entregara tutela jurisdicional, dando a cada um o que lhe pertence e nada mais, para que seja alcançada a almejada ordem jurídica justa.

A prova como direito fundamental está intimamente relacionada com o Estado Democrático de Direito e aos próprios institutos constitucionais que delineiam os direitos e garantias fundamentais, notadamente quanto ao devido processo legal, acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e justiça nas decisões.

Pode-se dizer que o direito à prova é corolário lógico da plenitude da ampla defesa e do contraditório. Já distinguimos que acesso à justiça é diferente do direito de ação. Este é a garantia de que o indivíduo possui de buscar seu direito subjetivo através do poder judiciário, aquele diz respeito à prestação jurisdicional adequada e justa do início ao fim do pronunciamento judicial.

O processo se desenvolve através da possibilidade das partes alegarem e provarem os fatos narrados, quando controvertidos, fazendo o magistrado uma leitura daquilo que lhe foi entregue.

Para alcançar uma sentença justa, a prova é instrumento da busca da verdade, garantindo a igualdade entre os envolvidos e demonstrando o norte ao juiz dos fatos ocorridos, com isso, aplicar-se-á o direito substancial àquele que possui razão, conforme ensina Lima (2002, p. 191) “a preocupação em garantir a igualdade de oportunidades ou a efetiva paridade de armas, para obter uma decisão favorável, é, enfim, uma exigência democrática a ser satisfeita por meio do processo”.

É certo que há necessidade de reunião de vários princípios distribuídos sistematicamente em nossa Carta Maior para se extrair o direito constitucional à prova. Porém, quando isso acontece, pode-se gerar conflitos aparentes entre outros princípios garantidores do direito fundamental.

Quando isso ocorre, é responsabilidade do intérprete a ponderação entre eles para aplicar o direito, conforme ensina Barroso (2005. p. 1):

As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

Portanto, a prova como direito fundamental decorre não apenas de uma regra ou norma, mas da existência de todo um conglomerado de princípios e regras que compõem todo nosso sistema Constitucional e processual.

4.2 Uma visão publicista do artigo 130 do Código de Processo Civil

Delineados os contornos existentes na atuação do juiz, o qual não pode permanecer passivo na atividade processual, tendo em vista o caráter publicista e necessidade da busca da verdade para o alcance de uma decisão justa, é de rigor traçar as premissas do artigo 130 do Código de Processo Civil.

O referido artigo assim está redigido “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

A questão controvertida na doutrina é o fato do referido artigo ser de caráter supletivo ou não em razão do ônus das partes na produção da prova. Segundo Greco Filho (2003, p. 227/228):

Assim, conclui-se que não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é própria de cada parte, sob pena de estar auxiliando essa parte e violando a igualdade de tratamento que elas merecem. A atividade probatória do juiz não pode substituir a atividade de iniciativa das partes. Para não utilizar o dispositivo resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, como por exemplo, os de jurisdição voluntária, e nos demais processos, de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento.

Já Bedaque entende que os poderes instrutórios do juiz devem ser amplos a ponto de propiciar às partes uma real igualdade no processo, pois todo processo existe um interesse público, independentemente do seu conteúdo (2013, p. 175).

Câmara (2014, p. 4) também fundamenta que o magistrado possui plena liberdade em determinar a instrução probatória de ofício, assim ensinando:

Tenho para mim que a correta interpretação do art. 130 do CPC é a que leva à afirmação da existência de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz. E digo isto com base no fato de que não vejo, na atividade probatória desenvolvida por determinação *ex officio*, algo capaz de romper com a necessária imparcialidade do juiz.

Segundo o mesmo autor, o nosso país qualificado como é como Estado Democrático de Direito, tem seus fundamentos e objetivos descritos em nossa Carta Maior, tais como: implementação da igualdade e liberdade, a cidadania e dignidade da pessoa humana, erradicando a pobreza e construindo uma sociedade justa e solidária. Apenas se chega a uma sociedade justa e solidária se o Estado, através da atividade judicial, utiliza o processo não apenas como mecanismo de solução de conflitos, mas como um dos instrumentos para concretização dos objetivos do Estado (2014, p. 13).

A atividade probatória impulsionada pelo magistrado é inerente à própria e correta apuração dos fatos, conforme Bedaque (2013, p. 109):

Não se pode aceitar que, em razão da hipossuficiência de um dos litigantes, chegue-se a uma decisão injusta, que não corresponda à realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim se alcançará a efetiva paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam esse resultado. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos.

Em análise ao art. 130 do CPC, vemos que a possibilidade da produção da prova não depende tão somente da parte, podendo ser determinado de ofício pelo magistrado, conforme a leitura simples do texto normativo. Nesse contexto, podemos afirmar que a prova no direito brasileiro, notadamente quanto à referência ao artigo 130 do CPC, possui nítido caráter inquisitivo e elemento de direito público (GUILHERME, 2011, p. 127).

Não obstante a norma autorizadora, a decisão do magistrado que determina a realização de determinada atividade instrutória dever ser sempre fundamentada, conforme princípio ditado pelo artigo 93, inciso IX da Constituição Federal. Justifica tal assertiva para possibilitar a parte apresentar suas razões e impugnações mais precisas quanto ao ato judicial, bem como para que, caso haja recurso da decisão, que possibilite o tribunal examinar os argumentos favoráveis e contrários da conclusão impugnada.

Embora a norma autorizadora do poder instrutório do juiz na produção de provas descrita no artigo 130 do CPC atribui liberdade para o magistrado atuar na instrução probatória, os limites do contraditório e da decisão fundamentada afastam o pensamento de poderes ilimitados do juiz, assim fundamentando Bedaque (2013.p. 165):

Apresentam-se, ainda, como limites à atividade probatória oficial a submissão da providência ao contraditório e a fundamentação do ato judicial que a determina, o que afasta eventual risco de autoritarismo e assegura a observância do devido processo legal. Não há, pois, violação ao denominado ‘garantismo’ processual. Procura-se simplesmente compatibilizá-lo com a natureza pública do processo e com o escopo social da jurisdição.

Outro limite existente no artigo 130 do Código de Processo Civil está na produção excessiva de provas. Não pode o processo “viver” de provas a todo custo. A instrução probatória deve ocorrer em busca da verdade e não da certeza, haja vista que esta última, às vezes, torna-se impossível de ser alcançada. O processo deve ser encampado pela segurança jurídica, conforme ensina Rosenberg (2002, p. 85), sem deixar de lado sua celeridade.

O mesmo autor deixa claro que há necessidade da liberdade do magistrado na produção e apreciação da prova, porém, dentro dos limites ditados pela própria norma, sendo seu guia seguro, conforme seu escólio (2002, p. 84/85):

Pues, el derecho no puede dejar al arbitrio del juez, la decision sobre lo que pretence al fundamento de la demanda y lo que pretence a las excepciones. La regulación de la carga de la prueba debe hacerse mediante normas jurídicas cuya application debe estar sometida a la revision por el tribunal correspondente, y esta regulación debe conducir a un resultado determinado, independiente de las contingencias del proceso particular, siendo un guia seguro para el juez con el cual las partes pueden contar ya antes de trabar el proceso.³⁵

Nossa legislação pátria – leia-se direito processual civil - não prevê, ainda, forma livre de distribuição probatória, necessitando de aprimoramento do sistema, como ocorre com o projeto do novo CPC, o qual será abordado em tópico próprio, o qual possui expressamente normatização quanto à distribuição dinâmica da carga probatória.

Conforme se percebe, há necessidade de que os poderes do juiz na instrução probatória seja ampla, com a garantia de atuação estatal na busca da verdade e decisão justa. Na busca da verdade e fundamentado pela necessidade de igualdade das partes no processo, os poderes do juiz caminham em consonância com as novas regras de distribuição dinâmica do ônus da prova como motivadora para a concretização dos fundamentos do Estado

³⁵ Tradução livre: “Pois, a lei não pode deixar ao critério do juiz, a decisão sobre a pretensão que fundamenta a demanda e o que pretende as nas exceções. A regulamentação do ônus da prova deve ser feita por normas legais cuja aplicação deve ser submetida para análise pelo Correspondente tribunal, e este regulamento deve levar a um resultado de classe independente das contingências do processo particular, sendo um guia seguro para juiz com o qual as partes podem contar antes de travar o processo.”

Democrático de Direito, devendo atuar não de forma supletiva ou isolada com os novos conceitos de distribuição probatória, mas de forma concomitante e paralela.

4.3 Princípio do Contraditório efetivo e da Ampla Defesa como garantia da igualdade – garantia constitucional do processo justo na correta distribuição probatória

Com o Processo, busca-se conferir efetividade à garantia constitucional da ampla produção probatória.

Assegurar o Direito de ação no plano constitucional é garantir o acesso ao devido processo legal, ou seja, ao instrumento tal como concebido pela própria Constituição Federal. Entre os princípios inerentes ao processo, destacam-se o contraditório e a ampla defesa.

Isso implica, evidentemente, a produção das provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos. Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado.

O Direito à prova é componente inafastável do princípio do Contraditório e do Direito de defesa. Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, é necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado e empenhado na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento. A iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo.

As regras e princípios processuais são eminentemente instrumentais, pois se destinam a assegurar o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias.

A garantia que a parte possui de se valer de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e moralmente legítimo, para ser efetiva, compreende não apenas o poder de produção da prova, mas também a segurança de que venha a ser considerada e corretamente valorada pelo julgador. Nessa medida, as regras que permitem ao juiz dispensar provas desnecessárias devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa.

Diante do exposto é visto que os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa são de fundamental importância do direito à prova, já que confere efetividade à garantia constitucional da ampla produção probatória, ou seja, asseguram às partes a participação efetiva nas atividades processuais, especialmente àquelas em que se forma o material probatório que servirá de base para a decisão.

O princípio do Contraditório está consagrado no art. 5º, inciso LV, da Constituição federal, sendo princípio essencial do direito Processual, devendo ser entendido sob dois enfoques: um jurídico e outro político.

Sob o enfoque político é visto que o jurista precisa ter consciência de que, na verdade, não existe um “mundo jurídico” isolado da realidade. O direito não pode ser visto apenas como uma ciência interpretativa e normativa, mas como uma ciência que precisa, como todas as outras, retratar a realidade e a verdade dos fatos.

Através desse princípio se assegura a legitimidade do exercício do poder, o que se consegue pela participação dos interessados na formação do provimento jurisdicional, ou seja, só se poderá ter como legítimo um provimento jurisdicional emanado de um processo em que se tenha assegurado o direito de participação de todos aqueles que, de alguma forma, serão atingidos pelos efeitos do referido provimento. Decisões proferidas sem que se assegure o direito de participação daqueles que serão submetidos aos seus efeitos são ilegítimas e, por conseguinte, inconstitucionais, já que se ferem os princípios básicos do estado Democrático de Direito.

Já sob o enfoque Jurídico, pode-se definir como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

Quanto ao Princípio da Ampla Defesa, que se afigura tão importante para o processo quanto a ação, entende-se a garantia que é dada ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (como a prova, que é tudo aquilo que é levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu), ou mesmo de omiti-la ou calar-se, se entender necessário, visto que o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente.

É exatamente por isso que a Constituição Federal garante de maneira ampla e abrangente não só a inafastabilidade do controle jurisdicional, como também a ampla defesa, observando, por exemplo, a curadoria especial dos réus ausentes citados por edital ou com hora certa.

Ambos os princípios tem estreita ligação com a distribuição do ônus probatório, haja vista que constituem pilares fundamentais para o devido processo legal. Embora a garantia de produção de prova não seja previsto constitucionalmente, os supracitados princípios estão norteados aos conceitos embasadores do ônus probatório.

Conforme ensina Portanova (2001, p. 161), “o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento”. Assim, não basta apenas a produção de prova pela parte, o magistrado tem que possibilitar o contraditório para, após manifestação da parte contrária, trilhar seu convencimento, haja vista que pode se convencer do contrário de acordo com a manifestação da parte que manifestou sobre determinado fato ou alegação da outra.

Há que se referir, acerca da ligação entre os princípios do Contraditório, da ampla defesa e da Isonomia, que embora conceitualmente distintos, é adequado que os mesmos se encontrem, garantindo-se assim o que se chamou “contraditório efetivo e equilibrado”. O processo justo exige não apenas contraditório e ampla defesa, mas, além de efetivo, seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes, o que o torna essencial para que haja processo justo, sendo de extrema relevância para a efetivação prática da garantia constitucional do devido processo legal.

Salienta ainda, Nery Júnior (2010, p. 209), que:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório.

Considerando que se deve garantir a igualdade das partes em consonância com o princípio do contraditório – compreendido também o princípio da ampla defesa -, não apenas a garantia à prova é fundamento constitucional, a garantia da correta distribuição do ônus probatório de forma a propiciar a possibilidade plena da produção da prova é inerente ao princípio da igualdade.

Nesse contexto, uma correta distribuição do ônus da prova, possibilitando a igualdade de condições das partes mostram-se garantidores da “*plenitude e a efetividade do contraditório*”, conforme ensina Portanova (2001, pag. 164) citando Ada Pellegrini Grinover.

Nestes termos, os princípios do contraditório e ampla defesa constroem o devido processo legal. Além disso, em observância a este último, outros princípios o compõem para

se alcançar uma prestação jurisdicional adequada e justa. Dentre eles se destaca o princípio do acesso à justiça, conforme estudaremos no tópico a seguir.

4.4 O direito fundamental de acesso à Justiça como prestação jurisdicional adequada – efetividade da norma

A organização do Estado de Direito é ditado pelas regras de conduta de situações gerais e abstratas para serem enquadradas a casos concretos. Essas regras de conduta são incorporadas e levadas a efeitos por normas jurídicas. Todas as normas criadas visam não apenas a transcender o poder do governo, mas compõem o que se denomina o direito objetivo.

Essas normas jurídicas que destinam a organizar a função estatal ou mesmo as condutas dos indivíduos possuem a característica do Direito que lhe é peculiar: a imperatividade.

Acontece que não basta que se crie a norma jurídica, ela deve se enquadrar na realidade social do tempo e espaço, e desempenhar seu *mister* de função social para o qual foi criada. Deve ela ter sua efetividade alcançada.

O Estado deve cumprir sua função política e social e, conforme ensina Silva, N (2005, pag. 2):

Entretanto, não basta o Estado realizar a jurisdição com a participação popular através do processo, deve garantir uma adequada tutela jurisdicional, deve propiciar uma ordem jurídica justa através do acesso à justiça acessível a todos, assegurando às partes uma igualdade real e não formal, não o mero ingresso em juízo.

Barroso (2006. p. 82) ensina que a “efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.” O mesmo autor (2006, p. 83) assim também prescreve mais a frente:

[...] é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios.

[...]

Se o efeito jurídico pretendido pela norma for irrealizável, não há efetividade possível.

O acesso à justiça é a garantia estatal estampada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A lei nº 1060, de 5 de fevereiro de 1950 (lei da Assistência Judiciária), também prevê a isenção das taxas judiciárias e despesas processuais para os comprovadamente necessitados. Com isso, todos os menos favorecidos economicamente terão direito de postular seu direito perante os órgãos públicos e poder judiciário.

Acontece que a interpretação da garantia estatal de acesso à justiça não se pode mensurar apenas pelo acesso sob o prisma econômico. O acesso à justiça é muito mais amplo e abrangente que o peticionamento junto ao Poder Judiciário. Não basta apenas que o Estado forneça meios para o cidadão postular em juízo a tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, deve resguardar e garantir os meios necessários para o devido processo legal.

O acesso à justiça deve ser interpretado a partir de uma visão axiológica, revestido de valores e direitos fundamentais que garantam ao cidadão um processo justo e efetivar o exercício da cidadania plena.

Dinamarco (2009, p. 359) eleva o acesso à justiça a muito mais que um princípio, mas o pilar metodológico importante, assim descrevendo:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se a ideia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Em momentos históricos diversos, o acesso à justiça passou por períodos e visões marcantes, o qual se dividiu em três períodos: a) do acesso à justiça aos mais necessitados; b) do acesso à justiça buscando os interesses transindividuais; c) e por último o acesso à justiça com a criação de instrumentos eficazes (BUENO, 2010, p. 83/85).

O primeiro período consagrou o acesso à justiça como o termo em si mesmo, na busca pelo acesso ao mais necessitado e de baixa renda pela prestação jurisdicional na tutela de seu direito. Aos pobres eram direcionados os esforços para que pudessem ter acesso ao judiciário, sendo que o Estado remunerava defensores para a defesa do mais necessitado.

No Brasil, em 05 de fevereiro de 1950 surgiu a lei que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, vigente até hoje. Os anseios do acesso ao poder judicial para uma prestação ampla e que garanta os interesses individuais eram latentes.

A grande força de instituições e associações cunhou com um novo modelo, o da democracia representativa. Com isso o novo modelo transmudou-se – sem aniquilar o direito individual -, da proteção não apenas dos interesses individuais, mas também coletivos, assim surgiu a segunda onda.

Na terceira onda, segundo Bueno (2010, p. 84) “propugna um novo meio de ser pensado o próprio processo enquanto realizador do direito material, levando em conta, aprimorando, o enfoque das ‘duas primeiras ondas de acesso à justiça.’”. A proposta desta terceira onda reside na criação de mecanismos alternativos de eficazes na solução de conflitos.

Barroso (2006, p. 135) acrescenta que o campo constitucional e processual sofreu um desprendimento do liberalismo individualista e passou a se preocupar com os interesses coletivos de titulares certos e determinados, porém, não apenas na sua faceta individual, mas coletiva.

Salvo o *habeas corpus*, mandado de segurança e ação popular, que já estão instituídos de longa data, a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol, incluindo o mandado de segurança coletivo, a Ação Civil Pública, o mandado de injunção e o *habeas data*. Além disso, as legislações passaram a ampliar a possibilidade de participação no polo ativo das ações para defesa dos direitos oriundos de certas e determinadas classes. Nestes termos, aos poucos foram admitidas inúmeras organizações não-estatais (associações, sindicatos, partidos políticos, etc.), legitimando-os para atuar na tutela de direitos coletivos e difusos.

Ainda assim, a efetividade jurisdicional perquirida pelo Estado não se dá apenas na criação do direito objetivo, deve dar efetividade na proteção dos direitos fundamentais, aliando-as às técnicas processuais idôneas para efetiva tutela, conforme ensina Marinoni (2010, p. 144/145):

Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige *apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais*, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer *apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos*. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais).

Nesse contexto, o acesso a justiça na qualidade de direito fundamental do cidadão vai muito mais além da gratuidade de se interpor ação judicial, o que não se confunde com o direito de petição consagrado no art. 5º, inciso XXXIV da CF. Diferentemente do direito de petição, a garantia de acesso a justiça descrito no inciso XXXV do mesmo artigo pressupõe o acesso pleno como garantia do direito fundamental.

Esse acesso pleno de proteção ao direito fundamental de acesso a justiça possui uma participação periódica no procedimento judicial, iniciando com o direito de petição de levar ao juízo a prestação jurisdicional do direito subjetivo ofendido (ou com seu efeito inibitório), bem como a equalização da igualdade na distribuição da prova, a garantia de proteção ao contraditório e ampla defesa para o fim perquirido: uma sentença justa.

Por último, nessa busca incessante pelo aperfeiçoamento dos institutos jurídicos, urge a necessidade da criação de instrumentos capazes e eficazes de proporcionar não apenas o acesso de todos a uma prestação jurisdicional, mas muito mais além é o acesso a uma ordem jurídica justa, em que sejam observados os valores axiológicos de nossa Carta Maior em todos os seus termos, notadamente com uma sentença justa.

4.5 O instrumento da distribuição do ônus da prova como fundamento do acesso à justiça – pilares da garantia do devido processo legal

Nossa Carta Maior tem como garantia expressa o princípio do devido processo legal, conforme se observa no artigo 5º, inciso LIV, onde ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Embora claro e expressamente previsto no dispositivo supra, ele tem por substância inúmeros desdobramentos que o circundam, caracterizando todos os demais valores e garantias constitucionais, individuais e coletivas. Compreendem esses valores e garantias o do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII), garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), garantia da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV), dentre outros.

O processo não mais é considerado um conjunto de procedimentos tão somente. O Estado Democrático de Direito se assenta nos princípios e direitos fundamentais, reconhecendo o processo como instrumento de efetivação da ordem constitucional, concretizando os preceitos e princípios constitucionais. O aperfeiçoamento na obra do legislador se assenta na observação das garantias fundamentais. O juiz não repete simplesmente o discurso do legislador, ele integra o direito positivo em consonância às

garantias fundamentais. Portanto, o devido processo legal é a garantia de observação das regras e dos princípios constitucionais, conforme ensina Theodoro Junior (2013, p. 279/280):

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

Conforme dito supra, dentre os pilares do devido processo legal encontra-se a garantia do acesso à justiça, dentre outros.

No presente tópico atemo-nos ao princípio do acesso à justiça, notadamente pela sua essência e importância na distribuição do ônus probatório. O estudo aqui tratado não se limita à interpretação gramatical do texto, mas a uma interpretação sistemática de todo o sistema.

Em análise ao princípio do devido processo legal, Nery Junior (2010, p. 87) descreve a importância da garantia do acesso à justiça como pilar daquele princípio, assim enfatizando:

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

A garantia do acesso a justiça não é regional ou mesmo federal, mas é direito consagrado a todos, inclusive previsto na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica³⁶, em seu artigo 8º, 1, assim descrito:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Em nossa legislação pátria, princípio do acesso à justiça é garantia constitucionalmente prevista, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Inicialmente fazemos o registro da diferenciação entre direito de petição consagrado no art. 5º, inciso XXXIV da CF e a garantia de acesso à justiça descrito no inciso XXXV do

³⁶ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22.11.1969 - ratificada pelo Brasil em 25.09.1992

mesmo artigo. O primeiro diz respeito à participação política e democrática do cidadão, sem com isso ter sofrido um gravame pessoal, mas por um interesse geral de uma ordem jurídica justa. O princípio do acesso à justiça é mais específico e garante ao cidadão a tutela jurisdicional, tendo como requisito o interesse processual.

A garantia de acesso à justiça não se resume tão somente ao direito do cidadão peticionar junto ao Poder Judiciário e que o processo precisa ser gratuito. Ele é muito mais abrangente a esse fato. A garantia de acesso à justiça às pessoas consideradas pobres já vem estampada no inciso LXXIV da nossa Carta Maior, quando prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O acesso à justiça não se deve apenas a uma interpretação gramatical do texto legal, antes disso, possui imensa carga dos valores axiológicos de justiça. O princípio de acesso à justiça decorre de uma ordem de valores e garantias fundamentais para toda sociedade, não se limitando apenas ao sistema jurídico processual, conforme ensina Cambi (2001, p. 104):

Assim, a designação *acesso à justiça* não se limita apenas à mera *admissão ao processo* ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do *acesso à ordem jurídica justa*, a qual: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada).

Dentre esses fundamentos que norteiam a garantia do acesso à justiça está uma equilibrada distribuição do ônus probatório. A decisão do conflito pelo poder judiciário tem como substância uma decisão justa, que dirima a controvérsia de acordo com o direito material. O magistrado apenas consegue uma decisão adequando o caso concreto ao direito material se estiver convencido sobre os fatos, estando apto a ditar o direito.

Acontece que, devido à deficiência de provas em determinada situação, pode haver dúvidas que interfiram na decisão do conflito, concluindo em decisões destoantes dos fatos como realmente aconteceram.

Na forma de distribuição do ônus da prova adotada em nosso sistema processual é imputado ao autor a prova do fato constitutivo, e ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo e extintivo. A pergunta é: com essa forma de distribuição, sabendo que as partes estão em total desequilíbrio (econômico, técnico, etc.), sentenciando o magistrado, mesmo

sabendo da possibilidade da prova ser mais facilmente produzida pela parte contrária, estaria julgando de forma que alcance uma sentença justa?

Com certeza a resposta é negativa. O desequilíbrio das partes e sua falta equalização podem gerar uma sentença injusta. A garantia do acesso à justiça à parte inicia-se com o pleito judicial e finaliza com a sentença e efetivação de seus direitos. Qualquer mácula existente nesse interregno fere também o princípio do acesso à justiça, não cumprindo o mandamento constitucional do devido processo legal e a garantia a uma ordem jurídica justa.

A ausência de observação do princípio de igualdade na distribuição do ônus da prova é afronta direta ao devido processo legal. Como corolário lógico, a observância do princípio do devido processo legal permite o controle da legitimidade das normas jurídicas (MARINONI, 2010, p. 152/153).

A partir do momento que há a equalização entre as partes na produção da prova, tratando-as e reconhecendo as suas diferenças e dificuldades, com a relativização da distribuição do ônus probatório, há respeito ao devido processo legal e, conseqüentemente, com a busca da verdade, aumentará, e muito, a probabilidade de se alcançar uma decisão justa.

Nesse momento, notadamente quando se tem uma decisão justa, o cidadão encontra-se amparado e consagrado em seu acesso à justiça. Não mais apenas pelo fato que teve acesso ao judiciário, mas, também, pelo fato de que a tutela jurisdicional pleiteada foi encampada por uma decisão justa, conforme muito bem salienta Portanova (2001, p. 113): “Erige-se o acesso à justiça como princípio informativo da ação e da defesa, na perspectiva de se colocar o Poder Judiciário como local onde todos os cidadãos podem fazer valer seus direitos individuais e sociais.”.

Não se pretende o consenso nas decisões do Estado, porém, a eliminação do conflito deve ser resolvida por meios que sejam reconhecidamente idôneos e aptos a promover a justiça. Só assim o escopo fundamental da paz social será alcançado.

Nesse diapasão, a garantia do acesso pleno à justiça é indissociável a uma distribuição do ônus de se produzir prova de forma equalizada entre as partes. Não mais se permite a simples aplicação textual do artigo 333 do CPC, devendo o magistrado, em cada caso, distribuir o ônus da prova em observância aos ditames das garantias fundamentais e de maneira que possa conhecer a verdade. Só assim, se alcançar-se-á uma decisão justa a compor a *lide* e pacificar sociedade.

4.6 Os Fundamentos de Dinamização do ônus da prova no Código Ibero-Americano;

Em 1957, foi fundado o Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Desde então, vem realizando jornadas e encontros periódicos. Em um desses encontros, mais especificamente em 1967, na jornada realizada em Caracas, na Venezuela, decidiu-se pela elaboração de dois projetos de normas processuais. Esses projetos serviriam de orientação para as reformas legislativas que fossem promovidas nos países latino-americanos.

Depois de muitos estudos e debates entre juristas, resultou na elaboração dos Códigos Modelos de Processo Civil e de Processo Penal, aprovados no ano de 1988. Esses diplomas tiveram grande influência na elaboração de tantos outros diplomas processuais.

Além de outros avanços quanto às questões do interesse coletivo, eficácia *erga omnes* dos processos coletivos, democratização do acesso à Justiça, fortalecendo as ações coletivas, a partir da ampliação do rol de legitimados, o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual também evoluiu quanto à questão da distribuição do ônus probatório.

A distribuição do ônus probatório dissocia da regra estática prevista no artigo 333 do Código Processo Civil brasileiro e estabelece parâmetros para o magistrado caminhar em busca da verdade. Uma das inovações é a possibilidade de admitir como meio de prova a prova estatística ou por amostragem, conforme *caput* do artigo 12 do Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, assim descrito: “Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.”

Não obstante, a grande inovação está na distribuição do ônus probatório, instituindo no parágrafo 1º do mesmo artigo o ônus da prova àquele que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, assim descrito:

Par. 1o. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Percebe-se que o referido texto confere poderes ao magistrado para a atuação que for necessária para a busca da verdade. Não se limita o juiz em distribuir o ônus probatório de forma a equalizar a igualdade das partes, deve ele suprir a deficiência da falta de prova por uma atuação direta, produzindo-as as que forem necessárias para seu convencimento. Mendes (2014, p. 16), membro da comissão elaboradora do Código Modelo de Processos Coletivos, comenta o texto em questão:

Quanto ao ônus da prova, não se ateu o Código Modelo à tradicional distribuição prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, mas, também, por outro lado, deixou de renovar a possibilidade de inversão contida no artigo 6º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor. Optou por fórmula que atribui o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. Caberia, assim, às partes revelar os conhecimentos científicos e informações pertinentes ao caso, considerando não apenas as suas alegações, mas, também, as da parte contrária.

Em análise ao referido dispositivo, Mendes também ressalta que, como a distribuição do ônus probatório é fundada na demonstração do conhecimento técnico ou informações específicas dos fatos, essa matéria se torna controvertida, podendo, inclusive, demandar a colheita de prova desse fato. (2014, p. 16).

Segundo o referido diploma processual, a decisão quanto à distribuição do ônus probatório pode ser modificada a qualquer momento, notadamente no momento da fase instrutória – onde surgem a elucidação mais clara dos fatos -, atribuindo à parte inicialmente desonerada, o ônus da prova, assim descrito no parágrafo 2º:

Par. 2o – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Conforme se observa, a distribuição do ônus probatório, segundo o referido diploma, além de não adotar a forma estática, concede uma dinamização na busca da verdade e convencimento do magistrado, podendo o juiz “determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório”, conforme parágrafo 3º.

Na exposição de motivos do Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, o presidente da comissão organizadora Roberto Berizonce (Argentina) e demais membros (Ada Pellegrini Grinover – Brasil e Angel Landoni

Sosa – Uruguai) deixam claro que, sem desprezar legislação dos países, o diploma processual é um grande avanço e serve de modelo de aperfeiçoamento e complementação, assim expondo (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, 2014, p. 6):

Em conclusão, o Código ora apresentado, sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, cria um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamento ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa. Desse modo, acaba perdendo qualquer característica nacional e se constitui num verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que poderá ser tomado como modelo pelos países de nossa comunidade, empenhados na transformação de um processo individualista num processo social.

Nestes termos, o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, além de inovar quanto à questão dos interesses coletivos, evoluiu quanto ao instituto da distribuição do ônus da prova, aplicando uma dinamização do conceito para a busca da verdade e, como corolário, uma prestação jurisdicional e sentença justas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das considerações trazidas ao longo do presente trabalho tem-se que a prova e a distribuição do ônus probatório sofreram grandes influências no tempo e espaço, esboçando-se uma necessidade de adaptar-se a cada momento.

Passou-se de um momento irracional na produção de prova, através das ordálias, acreditando que a inocência ou condenação se dava apenas sob o fundamento na sorte – ou azar – do acusado, sem a preocupação quanto à busca pela verdade dos fatos. Os fundamentos desse momento histórico foram encampados pelo teocentrismo da época, quando as divindades eram os centros do mundo.

A forma da busca da verdade evoluiu para a racionalidade na produção das provas, em que o juramento, a confissão e o testemunho ganharam espaço e se enraizaram na busca da verdade, pautando a decisão de acordo com a gravidade do ocorrido. A autotutela também deu lugar à monopolização pelo Estado das decisões nos conflitos sociais.

O Direito adaptou-se e evoluiu ao longo dos anos, notadamente quanto ao acesso à justiça em suas três ondas inovadoras de aplicação ao jurisdicionado, quais sejam: a) do acesso à justiça aos mais necessitados; b) do acesso à justiça buscando os interesses transindividuais; c) e por último o acesso à justiça com a criação de instrumentos eficazes para uma decisão justa. Não obstante, a terceira onda não está consubstanciada com a regra estática do artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro, sendo de crucial importância o avanço quanto à distribuição do ônus da prova de forma que realmente assegure a igualdade e paridade de armas entre os litigantes.

A possibilidade de realmente ofertar ao indivíduo o pleno acesso à justiça, com a garantia de que obterá uma sentença justa ao final de um processo, e que realmente possibilite a igualdade de tratamento entre as partes não é utópica, muito pelo contrário, está amparada com as novas formas de distribuição do ônus probatório encampadas pela doutrina, legislação esparsa e jurisprudência.

Não é estrito o interesse do Estado em pôr fim apenas ao litígio judicial, vai muito além disso. Os interesses são maiores e mais complexos, norteados pelos valores axiológicos encharcados em nossa Carta Maior, tornando-se nitidamente publicista.

Esse desenho do poder estatal e sua característica publicista no interesse de ordem pública encontram-se consagrados constitucionalmente, conforme podemos observar na inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV), no princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), nos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da fundamentação das decisões (art. 93, IX), dentre outros não menos importantes.

Em nossa sociedade contemporânea, o reconhecimento da força normativa da Constituição passa a ser a espinha dorsal de todo o sistema legal, elevando os princípios com reconhecida eficácia normativa, expandindo e consagrando os direitos fundamentais como o mínimo de conteúdo ético e o respeito à dignidade humana.

Com a natureza pública dada ao processo, nessa nova interpretação publicista, não mais podemos considerá-lo como instrumento técnico, mas como instrumento ensejador para a realização da justiça e de concretização dos valores da Constituição Federal.

Para a consolidação e validação da norma infraconstitucional é de vital importância a observância das garantias e direitos fundamentais, o que não mais persiste a regra estática estampada no artigo 333 do Código de Processo Civil, pois não mais supre os anseios perquiridos na atual sociedade.

Nossa Constituição Federal não tem estampado regras quanto à distribuição do ônus probatório, porém, as garantias e princípios constitucionais presentes em nossa Carta Maior contribuem para que o intérprete conduza a uma distribuição probatória equânime, proporcionando uma paridade de armas a ponto de caminhar em busca da verdade e alcançar o objetivo do processo: uma sentença justa.

O princípio do acesso à justiça como basilar e estrutural do sistema jurídico não se resume tão somente a conceder à parte o direito de ingressar ao judiciário. O acesso deve ser pleno, integral, completo, ou seja, deve ser observado em todos os seus contornos, tendo em vista que deve proporcionar ao jurisdicionado o acesso ao poder judiciário, a igualdade de tratamento, suprimindo as desigualdades com o deslocamento do ônus probatório à parte realmente capaz de trazer a lume a verdade e, como consequência, teremos uma sentença que realmente se faça o justo.

É certo que a certeza é instituto difícil – por não dizer, em alguns casos, impossível – de se chegar. Porém, a partir do momento que realmente é disponibilizado ao jurisdicionado o acesso pleno à justiça, equalizando as diferenças entre as partes (técnicas, econômicas, etc) na busca da verdade, a redução da incerteza é corolário e, conseqüentemente, a probabilidade da certeza aumenta.

A busca incansável da prova não pode perpetuar no tempo e possui seus limites, devendo o magistrado contentar-se com a probabilidade em grau máximo a ser alcançada, sem se perder na ofensa a outros princípios constitucionais, tais como o da celeridade processual. O mais importante é a busca da verdade com o aperfeiçoamento e minimização dos erros.

O artigo 130 do Código de Processo Civil caminha paralelamente aos pensamentos modernos de instrumentalidade processual, deferindo ao magistrado a possibilidade de atuação ativa na relação processual na busca da verdade. É certo, também, que a referida norma autorizativa possui seus limites a serem observados, tais como a necessidade, sempre, do contraditório (art. 5º, inciso LV da CF) e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX da CF) que determina a produção de provas.

A referida regra permite, não isoladamente, mas de forma concomitante e paralela com os novos conceitos de distribuição do ônus da prova, engendrar a prestação jurisdicional em consonância com os direitos e garantias fundamentais, na busca da verdade e equalização da capacidade das partes, reduzindo a possibilidade de se findar em uma decisão injusta.

A proposta apresentada não tem a pretensão de substituição da técnica processual, mas a utilização do raciocínio constitucionalista para o aprimoramento da técnica e adequada utilidade do sistema processual. Aperfeiçoando a técnica com o raciocínio constitucional, equipara-se a instrumentalizar o processo preparando-o para o respeito aos princípios e garantias fundamentais.

A igualdade de tratamento aqui tratada não está em tratar todos os litigantes de forma igual no processo, ao *revés*, é a atuação do magistrado em delinear cada caso, com suas peculiaridades, identificando a desigualdade das partes, para assim, construir uma equalização processual que estabelece a cada parte sua responsabilidade na proporção de suas possibilidades.

Apenas trilhando por esse caminho e realizando uma leitura do processo civil, notadamente quanto ao objeto do presente trabalho (distribuição do ônus da prova), à partir das garantias e princípios constitucionais é que o devido processo legal será observado em sua plenitude.

O juiz não pode mais ater-se a aceitar as diferenças processuais – ou até mesmo as astúcias – na produção da prova. Deve o magistrado encarar o processo em seu caráter instrumentalista para a busca da verdade e, em consequência, uma sentença justa.

O processo civil tem sim caráter publicista e deve assim ser interpretado, buscando o juiz, na inércia da parte, as provas necessárias, ou mesmo, determinando o deslocamento do ônus da prova para aquela que possui melhores condições de provar.

Em legislações esparsas, notadamente quanto ao Código de Defesa do Consumidor, já há grande avanço quanto à redistribuição do ônus probatório, possibilitando a inversão do ônus da prova quando for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente. Porém, é apenas aplicável nas relações de consumo.

Nas relações de direito civil, a doutrina contribui para esse avanço necessário, principalmente quanto à aplicação da teoria carga dinâmica, a qual desloca o ônus probatório para aquele que realmente tem condições de provar determinado fato. Esse instrumento para a observância das garantias e direitos fundamentais já vem sendo adotado pelos nossos Tribunais, porém, não há, ainda, previsão expressa em nossa legislação.

O projeto do novo Código de Processo Civil assume essa responsabilidade e aperfeiçoa a forma estática de distribuição do ônus da prova, dependendo de aprovação ainda. Porém, de nada adiantará a reforma legislativa se o engessamento ainda norteia a aplicação. O magistrado não se justifica mais ficar na plateia em um exagerado literalismo acerca da regra estática da distribuição do ônus probatório adotado em nosso sistema. Deve ele ser o protagonista da atuação estatal e na preservação dos direitos e garantias fundamentais instituídos em nossa Carta Maior.

Para isso, deve considerar cada caso as peculiaridades existentes e distribuir o ônus probatório de acordo com a capacidade de cada litigante, homenageando a teoria da carga dinâmica na distribuição do ônus probatório.

Só assim nossos preceitos constitucionais serão respeitados e se aproximará o mais perto possível de uma decisão justa, onde a prestação jurisdicional responderá ao jurisdicionado através de uma decisão que respeite o devido processo legal e o acesso ao judiciário tenha sido pleno e integral, não apenas pela existência de um direito expresso, mas acima de tudo, a existência de uma atuação em que são garantidos às partes todos os princípios e garantias fundamentais, como condição de construção de um provimento legítimo.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, José Roberto. **O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro**. Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, 247 f.

ARAÚJO, Kátia Patrícia de. **A Evolução Dos Princípios Fundamentais no Direito Positivo Brasileiro**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), Ano 2, n. 12, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa., 2013. p. 13493-13519

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Disponível em < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf> >, p. 1-44, acesso em 21/04/2014.

_____ **A verdade e a prova no processo civil**. <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)>, p. 1-29, acesso em 21/04/2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____ **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. 2005, Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito> /2#ixzz357GqOtGg> p. 1-3, acesso em 19/06/2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____ **Garantia da Amplitude de Produção Probatória**, in “Garantias Constitucionais do Processo Civil”, obra coletiva, ed. RT, 1999.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de Las Pruebas Judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Granada: Comares. 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Rio de Janeiro: Central Gospel Ltda. 2009

BUENO, Cassio Scarpinella. A inversão do ônus da prova no projeto do novo código de processo civil (pl n. 8.046/2010). In. MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord). **A prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim. 2013. p. 119-128

_____. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp **173939** / PB Recurso Especial 1998/0032330-9 Ministro RUY Rosado de Aguiar (1102) T4 – Quarta Turma, data julgamento 08/09/1998.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 04/05/2014.

_____. **Código de Processo Civil**, lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>, acesso em 04/05/2014.

_____. lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. acesso em 04/05/2014.

_____. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. acesso em 05/05/2014.

_____. **Exposição de Motivos**, com referência ao Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf>, acesso em 28/04/2014.

_____. Revista Âmbito Jurídico. *apud* **Código de Hamurabi.** In: CARLETI, Amilcare. Brocardos Jurídicos, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/4113.pdf>> 1986, p. 1-6, acesso em 23/02/2012.

_____. **O julgamento de Sócrates** disponível em <<https://sites.google.com/site/filosofiapopular/historias-filosoficas/o-julgamento-de-socrates>> acesso em 30/04/2014.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova.** Ano XXV. 1ª Trimestre de 1963. São Paulo: Revista JUSTITIA. v. 40.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil.** Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. v. III. Editora Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático.** Disponível em <http://www.academia.edu/369759/Poderes_Instrutorios_do_Juiz_e_Processo_Civil_Democratico>, p. 1-16, acesso em 20/06/2014.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2001. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil)

CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil.** Apêndice de Giacomo P. Augenti. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora Y. Castillo. Ed. Depalma. 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva. v. III. 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo; Malheiros Editores. 1999.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil** – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação de tutela. 5. ed., v. 2, Salvador: JusPODIVM, , 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. – 2. ed., v. III., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FRANZÉ, Luis Henrique Barbante. Prova ilícita frente à dignidade da pessoa humana. MACHADO, Edinilson Donisete; PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina (Coord.). **Gramática dos Direitos Fundamentais**. A Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010. p. 91-105

GUERRA FILHO, Willis Santiago - **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de Distribuição do Ônus da Prova e de Efetivação do Acesso À Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 13 ed., v. 2, São Paulo: Saraiva. 1999.

_____. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 17. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. in ____; SOUZA, Gelson Amaro de. **Ensaios Escolhidos de Processo Civil**. Brasília: Editora Kiron, 2012. p. 243-259.

LOPES, Joao Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

MALATESTA, Nicola F. Dei – **A lógica das provas em matéria criminal** – tradução de Paolo Capitanio, 6. Ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed., São Paulo: RT, 2010.

_____. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEISTER, Mauro Fernando. **Olho por Olho: A lei de Talião no Contexto Bíblico**. Fides Reformata XII, Nº 1 (2007): 57-71, disponível em <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_XII__2007__1/mauro.pdf>. acesso em 04/05/2014.

MELENDO, Santiago Sentis. **La Prueba – Los Grandes Temas Del Derecho Probatorio**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1978.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual**. 2005, Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=158>. acesso em 28/04/2014.

MILHOMENS, Jônatas – **A Prova no processo** – 1. ed, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(6\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(6)%20-%20formatado.pdf)>, acesso em 29/04/2014.

PEYRANO, Jorge; WHITE, Inés Lépori. **Cargas Probatórias dinâmicas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2008.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

POZZOLI, Lafayette. Direito como função promocional da pessoa humana: inclusão da pessoa com deficiência – fraternidade. In MACHADO, Edinilson Donisete; PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina (Coord.). **Gramática dos Direitos Fundamentais**. A Constituição Federal de 1988 – 20 anos depois. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010. p. 137-153.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As Provas como Instrumentos de Efetividade no Processo Civil**. 1. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Tradução de KROTOSCHIN, Ernesto. Buenos Aires:

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 3ª edição. Editora Max Limonad. São Paulo. Volume I.[1963-1966].

_____. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 3ª edição. Editora Max Limonad. São Paulo. Volume III. [1963-1966].

SILVA, Nelson Finotti. **Um Juiz mais Ativo no Processo Civil**. publicado na Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília –, v. 5, p. 193-201, agosto de 2003

_____. **Verdade Real versus Verdade Formal no Processo Civil**. publicado na Revista Síntese – Direito Civil e Processo Civil, v. 20, p. 17-21, novembro/dezembro 2002.

_____. **Paridade das Armas no Processo Civil**, publicado na Revista Jurídica (Lisboa), Porto Alegre, v. 327, p. 31-40, 2005.

SILVA, José Afonso da, **Os Princípios Constitucionais Fundamentais**, publicado na revista Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 6, n. 4, p. 17-22, out./dez. 1994, disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/principios_constitucionais_fundamentais.pdf> acesso em 9/06/2014.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A proteção do consumidor no sistema jurídico brasileiro**. nº 108, São Paulo: Revista de Processo, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed., vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. O juiz, a prova e o processo justo. In. MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord). **A prova no Direito Processual Civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim. 2013. p. 273-290

TONOLI, Marcus Rogério. A inversão do ônus da prova no projeto do novo código processo civil brasileiro. In HERRERA, Luiz Henrique Marim, BAILO, Lucas Seixas (org.). **A Nova Interpretação do Direito**. Construção do Saber Jurídico. Birigui: Boreal Editora. 2012. p. 275-285. (Coleção Univem)

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.