

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ADOÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Mariana Amaro Theodoro

Resumo: O principal objetivo do presente artigo é promover a reflexão acerca da relação entre a adoção da Teoria da Carga Dinâmica Probatória adotada no Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 2016, e os princípios constitucionais. O acolhimento dessa teoria demonstra o caráter inovador do novo Código que rompe com o sistema estático de distribuição do ônus de prova, previsto no art. 333, do Código de Processo Civil atual e se adequa aos princípios constitucionais do acesso à justiça e do devido processo legal. A regra estática de distribuição do ônus probatório, por vezes, inviabiliza a produção satisfatória da prova e dificulta o acesso do cidadão à decisão justa e efetiva. Neste ponto, a Teoria da Carga Probatória Dinâmica prontifica-se a redistribuir o ônus probatório, fazendo-o incidir sobre aquele sujeito processual que dispõe dos melhores meios necessários à produção da prova. O acolhimento da teoria da carga dinâmica probatória em nosso futuro sistema processual fundamenta-se nos princípios da igualdade, dos poderes instrutórios do juiz, do dever de lealdade, da boa-fé e da colaboração das partes. Deste modo, é imprescindível aos operadores do direito uma reflexão a respeito da íntima ligação entre a distribuição dinâmica do ônus da prova e a efetividade do processo, de forma a garantir, efetivamente, o acesso do cidadão a um processo mais justo e pacificador dos conflitos sociais.

Palavras-Chave: Ônus da prova. Teoria da carga dinâmica probatória. Novo código de processo civil. Princípio do acesso à justiça. Devido processo legal.

Abstract: The main objective of this paper is to promote reflection on the relationship between the adoption of Load Theory Dynamic probative in the New Civil Procedure Code, which will come into force in 2016, and the constitutional principles. The host of this theory demonstrates the innovative character of the new Code that breaks the static system of distribution of the burden of proof provided for in art. 333 of the current Civil Procedure Code and fits the constitutional principles of access to justice and due process. The static rule of distribution of evidential burden sometimes prevents the production of satisfactory evidence and hinders citizens' access to fair and effective decision. At this point, Load Theory probative Dynamic You volunteer to redistribute the evidential burden, making him focus on that procedural guy who has the best facilities for the production of evidence. The host of evidential dynamic load theory in our future procedural system based on the principles of equality, instructive judge's powers, the duty of loyalty, good faith and cooperation of the parties. Thus, it is essential to law enforcement officers a reflection on the close connection between the dynamic distribution of the burden of proof and the effectiveness of the process in order to ensure effectively the citizens' access to a fairer process and peace-maker of conflicts social.

Keywords: Burden of proof.. Theory of evidential dynamic load. New Code of Civil Procedure. Principle of access to justice. Due process.

INTRODUÇÃO



escopo do presente artigo é, sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, tecer apontamentos sobre a íntima relação entre os princípios processuais constitucionais e a distribuição do ônus da prova constante no Novo código de Processo Civil que entrará em vigor em 2016.

Para isso, trata-se inicialmente da prova e seu ônus. A regra estática de distribuição do ônus da prova contida no artigo 333, do Código de Processo Civil atual vem sofrendo contínuas críticas, eis que, por vezes, o litigante não tem condições suficientes para produzir determinada prova. Nesta situação, a injustiça da decisão será evidente.

Após a abordagem a respeito da distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil atual, passa-se aos poderes instrutórios do juiz que, em clara mitigação ao princípio dispositivo, vem a cada dia se ampliando e exigindo do magistrado uma postura ativa, no âmbito da produção probatória, de modo a buscar a verdade real.

Posteriormente, tece-se apontamentos acerca da Teoria da Distribuição Dinâmica que rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi* e as torna mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis ao caso concreto o que garante o acesso à justiça em seu aspecto substancial.

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil adotou, ainda que excepcionalmente, a teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, segundo a qual o ônus de produzir a prova cabe a quem tem melhores condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes. Tal teoria foi sistematizada e difundida pelo jurista Jorge Walter Peyrano, com o artigo publicado e intitulado *Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*. Frisa-se que, embora não haja consenso doutrinário a respeito do idealizador da teoria das cargas probatórias dinâmicas, é pacífico que Peyrano foi o responsável por sistematizá-la com todos os seus contornos.

Posto isso, pretende-se tratar do direito processual moderno à luz dos princípios constitucionais, quais sejam, os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal, especificamente o contraditório e a igualdade entre os litigantes porque são eles que estruturam e fundamentam a aplicação da teoria dinâmica do ônus probatório.

Por fim, pretende-se compreender a relevância do princípio do devido processo legal, enquanto princípio norteador da atividade jurisdicional e garantidor dos princípios do contraditório e da igualdade. Ainda, demonstra-se a completa adequação entre tais princípios constitucionais e a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica da Carga Probatória porque esta permite, após a análise das peculiaridades do caso concreto, que os sujeitos processuais produzam as provas necessárias ao deslinde do feito de forma igualitária, o que garante, por via de consequência, o acesso efetivo do jurisdicionado a uma justiça justa.

Para a realização do presente será utilizado o método dedutivo, partindo-se de fundamentos gerais para particulares, de maneira que se possa reunir os assuntos que abrangem o tema e obter uma conclusão lógica. No mesmo sentido, utiliza-se a revisão bibliográfica das principais doutrinas acerca do tema visando obter uma base teórica de acordo com a compreensão dos diversos autores.

1. A PROVA E SEU ÔNUS

A prova é o elemento central do processo, por meio da qual o litigante pode comprovar a existência do fato constitutivo de seu direito que se encontra ameaçado ou resistido.

A prova é destinada ao julgador que, com base no conjunto probatório, formará sua convicção. Daí a importância da reflexão acerca da teoria da prova e seu ônus. Sem condições de produzir todas as provas necessárias ao deslinde do feito, o

litigante não terá acesso à justiça justa e efetiva.

Cumpramos ressaltar que segundo Silva (1973, p. 656), a palavra prova tem origem no termo latim “*probatio*”, que significa “exame, verificação. Suas raízes são derivadas do verbo ‘*probare*’, que significa provar, reconhecer ou estar satisfeito com algo [...]”.

Inúmeros doutrinadores conceituam a prova. No entanto, salienta-se o entendimento de Dinamarco (2005, p.58) segundo o qual:

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

Assegura Burgarelli (2000, p. 53) que:

“No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração da realidade material. De modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. Prova judiciária, por seu turno, é o meio demonstrativo de veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido. Vale dizer é o meio pelo qual se estabelece relação de veracidade e adequação entre a causa próxima e a causa remota, elementos da causa de pedir. Estabelecida a relação, por meio da prova, ao juiz é dada a tarefa de aplicar a lei, a hipótese normativa de incidência fática, em regra, a norma de direito material”.

Do mesmo modo, provar para Carnelutti (2001 p. 72-73) é apresentar e demonstrar a verdade formal dos fatos arguidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, mediante os meios legais (legítimos). Segundo ele “Provar, então, é evidenciar, demonstrar a exatidão e autenticidade (veracidade) dos fatos que estão sob debate”.

Não há um consenso em relação à definição de verdade.

No entanto, sua busca é essencial ao processo para garantir a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

A verdade é dividida em verdade material e verdade formal. A verdade material (real) é aquilo que realmente aconteceu. Também denominada de verdade em si. Já a verdade formal é aquela que se estabelece nos autos do processo como resultado das provas produzidas em audiência.

Devido as limitações físicas, científicas, materiais, temporais e processuais, a busca da verdade é limitada no processo, produzindo a chamada verdade formal (aquilo que foi produzido ou possível de ser produzido), ainda que a verdade material (real) seja sempre a almejada.

Com relação a essa distinção entre verdade formal e material, Silva (2002, v. 20, p. 17) assevera que:

“[...] 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 uma ideal de justiça por todos perseguido”.

Em sentido contrário, Santos (1979, p. 45) afirma que:

“O direito processual busca a verdade real, mas contenta-se com a verdade formal principalmente nas causas patrimoniais. Diversamente quando se trata de processo em que se discutem direitos indisponíveis. Nestes, a busca da verdade real é mais acentuada, mas, não obstante isso, não se pode dizer que seja encontrada em todos os efeitos, pela própria limitação humana dos litigantes, dos seus patronos, do julgador, diríamos melhor, da prova”.

Contudo, a teoria processual moderna não se contenta mais com a busca da verdade formal no processo civil. Hodiernameamente, a busca pela verdade real é o objetivo do Estado, na figura do magistrado que possui cada vez mais participação ativa na busca da verdade real, e das partes que possuem o dever de boa-fé e lealdade. Assim, a verdade meramente formal não é suficiente para que o processo concretize seus fins principais, quais sejam, a pacificação social, a efetivação do direito materialmente construído e a efetividade da justiça.

Com relação à efetividade do processo Moreira (2002, p. 181) esclarece que:

“Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”.

No tocante ao objeto, o conjunto probatório visa demonstrar a existência dos fatos, já que o direito independe de demonstração. Em contrapartida, a exceção está prevista no artigo 337, do Código de Processo Civil, quando a parte alegar em seu favor direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário havendo a necessidade do sujeito processual comprovar o teor e a vigência do dispositivo legal no qual se fundamenta sua pretensão.

No entanto, nem todos os fatos devem ser objetos de prova, uma vez que, existem fatos que independem de prova, conforme os ditames do art. 334, do já referido Código, sendo eles: os fatos notórios; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Assim sendo, pode-se afirmar que somente os fatos controvertidos, relevantes e determinados carecem de prova.

Nesse diapasão, convém destacar que os fatos relevantes e os pontos controvertidos da demanda serão fixados no procedimento judicial do despacho saneador, que, justamente, sana eventuais irregularidades até então existentes e limita a produção probatória. Mediante a fixação dos pontos controvertidos no despacho saneador, o juiz emoldura o processo, deli-

mitando sobre quais fatos deverão recair as provas.

Tal fixação tem por escopo “determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130, do CPC). Certamente, o saneamento é um instrumento de grande valia para a condução do processo que, em algum momento processual deverá ser enfrentado, ainda que na hora de sentenciar.

Além de demonstrar a existência do fato constitutivo de um direito, a prova também serve para que o magistrado fundamente sua decisão. O juiz aprecia e valora as provas produzidas nos autos de forma livre. Contudo, tal liberdade não é absoluta porque o magistrado deve estar sempre adstrito às provas produzidas nos autos. Outrossim, após formar sua convicção, o juiz deverá informar o caminho lógico percorrido para sua conclusão.

Não há decisão judicial válida sem fundamentação. Tal premissa deriva do princípio da fundamentação das decisões judiciais, inerente ao Estado Democrático de Direito, que é proclamado pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Ademais, o constituinte ressaltou a importância do mencionado princípio, ao consagrá-lo expressamente no artigo 93, inciso IX, da Constituição, inclusive, prevendo a sanção decorrente de sua inobservância. Isso significa que o provimento jurisdicional, inserido na égide do Estado Democrático de Direito, não pode se sustentar em fundamentos metajurídicos, em achismos, em conceitos subjetivos (espaço metafísico não fiscalizável), advindos da mente de um juiz justo e inteligente.

O Estado Democrático de Direito pressupõe que todas as funções executiva, legislativa e jurisdicional, observem as regras jurídicas, principalmente aquelas emanadas pela Constituição da República que estabelece o norte e o horizonte perquirido pelo Estado. Nesse sentido, o ordenamento infraconstitucional processual civil fundamenta-se na persuasão racional também denominado de livre convencimento motivado, medi-

ante o qual o juiz tem ampla liberdade para valorar a prova dos autos e, posteriormente, formar seu convencimento de maneira lógica e racional.

Grinover, Dinamarco e Cintra (2003, p. 73) denominam o referido princípio de princípio da persuasão racional, o qual “regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento *secundum conscientiam*”.

Desse modo, as decisões judiciais devem trazer consigo seus motivos determinantes, de forma racional e clara, uma vez que tais motivos contribuíram para formar o convencimento do juiz, conforme rezam os artigos 131, 165, 436 e 458, inciso II, do Código de Processo Civil.

A esse respeito, Silva (1996 p. 288) afirma que o juiz tem o dever de:

“[...] fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde coerência lógica com a prova constante dos autos”.

A motivação das decisões judiciais obriga que o juiz exponha as razões de seu convencimento, exteriorizando os critérios racionais que determinaram seu rumo. Assim, as partes terão plena ciência destes critérios, permitindo-lhes eventual impugnação e, conseqüentemente, controle da ordem jurídica.

De todo o exposto, não resta dúvida de que a intenção do legislador é assegurar aos submetidos ao crivo do judiciário a garantia de que toda decisão que emane do órgão julgador seja fundamentada com a devida demonstração do encadeamento lógico, hábil a relacionar a verdade fática com a verdade jurídica, em um juízo no qual predomine a racionalidade sobre o poder e a subjetividade.

1.1 O ÔNUS DA PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Inicialmente, insta salientar que a palavra ônus, na linguagem técnico-jurídica, não significa obrigação; ônus é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual que, caso adimplido, lhe proporcionará alguma vantagem própria. Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, esta apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, no momento e na forma previstos nas leis processuais.

Nos ensinamentos de Didier Júnior (2004, vol. I, p. 423), o ônus da prova “sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato”. É uma regra processual que não atribui o dever de provar o fato, mas sim, atribuiu o encargo a uma das partes pela falta de prova daquele fato que lhe competia.

Garante Taruffo (2013 v. XI, p. 423) que:

“[...] o processo é interpretável como uma sequência ordenada e coordenada de situações, nas quais, de tempos em tempos, cada parte se encontra diante de uma escolha de caráter discricionário. A lei processual diz, em suma, à parte: se queres obter o resultado x, deves cumprir o ato a com a modalidade m; se, ao contrário, queres obter o resultado y, deves cumprir o ato b com a modalidade n; se queres obter o resultado z, deves cumprir o ato c com a modalidade o. Obviamente, se o ato a não é cumprido com a modalidade m, o resultado x não é alcançado, e assim também o resultado y não é obtido se o ato b não é cumprido com a modalidade ‘o’ e assim sucessivamente”.

Nesse sentido, o ônus da prova tem dupla função. Primeiramente, ele serve para estimular as partes a provarem suas alegações. Concomitantemente, ajuda o magistrado, caso haja alguma dúvida quanto aos fatos. Isso porque, o juiz não pode deixar de decidir todas as causas que lhe são confiadas,

mesmo quando houver falta ou insuficiência de provas, segundo determina o princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário.

Ainda com relação à função do ônus da prova, Taruffo (2013, v. XI, p. 431) assegura que o legislador ao estabelecer o ônus às partes aproveita “o interesse delas para dirigir o processo com vistas à obtenção de uma finalidade de relevância geral, representada pela possibilidade de que a decisão final se fundamente sobre a apuração, decorrente das provas, da verdade dos fatos relevantes”. Com isso, fala-se que ônus da prova tem uma “*função lato sensu* epistêmica”, porque se as partes cumprirem seu ônus, “será apurada a verdade dos fatos e o processo se concluirá com uma decisão justa enquanto fundada sobre a correta aplicação da norma que rege o caso”.

Conclui TARUFFO (2013, v. XI, p. 432) que, caso as partes cumpram seu ônus, “alcança-se ao fim, não somente o interesse privado e individual – que é visado, a princípio”, mas principalmente o “fim da administração da justiça”. Desse modo, quando houver incerteza o juiz se utilizará das regras de distribuição do ônus probatório, que poderá acarretar uma sentença desfavorável aos interesses daquele que não se desincumbiu de seu ônus.

Quanto à distribuição desse ônus, o Código de Processo Civil atual em seu artigo 333, estabelece como regra geral a incumbência do autor de provar os fatos constitutivos de seu direito; por outro lado, ao réu incumbe a prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Essa distribuição rígida de encargos entre as partes *a priori*, sem considerar as eventuais peculiaridades do caso concreto e as condições das partes na produção da prova, por vezes, acarreta a morosidade da justiça e decisões injustas.

Cumprir tecer algumas considerações para diferenciar ônus e obrigação. Ônus é um encargo da parte que, em caso de descumprimento, acarreta-lhe uma desvantagem processual. Já

a obrigação é uma conduta a ser aproveitada pela outra parte.

Grande parte dos doutrinadores considera que as regras relacionadas ao ônus da prova são regras de julgamento e não de procedimento. Essa distinção é importante, pois cabe ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.

Por tais motivos, há tempos o direito processual civil brasileiro vem sofrendo reavaliações e influxos da denominada doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova, que será objeto de capítulo específico.

1.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Conforme já mencionado anteriormente, a prova é a base sobre a qual o juiz forma seu convencimento. Sendo assim, importante analisar o papel do juiz na produção probatória.

Apegados aos dogmas da imparcialidade e do dispositivo, parte considerável dos doutrinadores resiste à ideia da iniciativa probatória do juiz. Entretanto, percebe-se que tanto o dispositivo quanto a imparcialidade vêm sendo mitigados como, por exemplo, nas hipóteses do poder geral de cautela disposto nos artigos 461 e 461, A, ambos do Código de Processo Civil.

Com a doutrina moderna, a resistência aos poderes instrutórios do juiz está cada vez mais restrita, assim como a visão estática de distribuição do ônus da prova, que atualmente encontra-se mitigada no processo.

Marinoni e Arenhart (2000, p.192) são alguns dos muitos doutrinadores que criticam a distribuição estática do ônus probatório do artigo 333, do Código de Processo Civil, e sustentam que o juiz deveria ter uma conduta mais ativa na produção de provas. Para eles só assim ocorrerá:

"i) a justa aplicação das normas de direito material; ii) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um

contraditório real e iii) a efetividade da tutela dos direitos, pois a neutralidade é mito, e a inércia do juiz, ou abandono do processo à sorte que as partes lhe derem, não é compatível com os valores do Estado atual”.

É evidente que as partes possuem interesses em comprovar suas alegações. No mesmo sentido, o juiz também objetiva que as provas sejam capazes de lhe evidenciar a verdade dos fatos, pois caso estas sejam insuficientes ou falhas, por certo, prejudicarão a formação da convicção do juiz.

Em outras palavras, a distribuição rígida do ônus da prova parte do princípio que todos os sujeitos do processo possuam as mesmas condições materiais, técnicas e financeiras para produzirem as provas capazes de comprovar suas alegações, ou seja, igualdade formal. Ao contrário disso, o sujeito que não consegue produzir a prova de forma eficiente, é visto como negligente ou comodista. Desse modo, fica evidente que a regra estática ignora o direito fundamental à prova, o princípio constitucional da igualdade material e o caráter publicista do processo.

Nessa ótica publicística, é inegável que o juiz pode determinar a prova de ofício, bem como agir em iguais condições com as partes respeitando, sempre, as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e da obrigatoriedade de motivação.

Prova disso, é o artigo 130, do Código de Processo Civil, que reconhece ao juiz o poder de determinar *ex officio* a produção de toda prova que entender pertinente à instrução do processo, independentemente da feição inicial do processo ser regida pelo princípio do dispositivo da demanda. Assim sendo, a postura ativa do magistrado é desejada pelo legislador para garantir que a decisão seja a mais justa e equânime possível.

Diante disso, não pairam dúvidas de que o objetivo primordial do ônus probatório é elucidar os fatos imprescindíveis à formação da convicção do juiz sobre o mérito da causa e, por conseguinte, a pacificação social. A participação ativa do

juiz na produção da prova não retira das partes, de maneira alguma, a possibilidade de continuar participando de sua produção, bem como da consideração de seus resultados.

Mais uma vez, recorre-se à lição de Marinoni e Arenhart (2000, p. 193), segundo a qual, "um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado".

Nesse sentido, Grinover (2015, p.18) sustenta que:

“O papel do juiz, no processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades das partes e favorecer a *par condicio*”.

Destarte, com a relativização da regra estática da distribuição dos ônus processuais, outros mecanismos referentes ao ônus da prova surgiram e foram ganhando relevo; dentre eles a inversão do ônus da prova (prevista no Código de Defesa do Consumidor) e a distribuição dinâmica do ônus da prova.

2. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

As relações sociais contemporâneas têm se mostrado cada vez mais complexas. Tais complexidades acabam refletindo no Judiciário que, por sua vez, deixa transparecer que regras clássicas e rígidas não acompanham as mudanças sociais e acabam por impedir o acesso do cidadão a uma justiça eficiente e justa.

O sistema rígido de distribuição do ônus da prova, não raras vezes, se mostra atentatório à possibilidade da parte provar suas alegações, o que causa inegável desigualdade processual. Na tentativa de corrigir tais distorções do sistema rígido e em apreço à igualdade material, não meramente formal, tem-se a inversão do ônus da prova e sua distribuição dinâmica.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova,

ou Teoria da Carga Probatória Dinâmica, segundo Costa Junior (2015, p. 272), foi idealizada pelo jusfilósofo inglês Bentham, para o qual a “obrigação de provar cabia a quem tivesse melhores condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes”. Contudo, essa teoria foi reavivada e sistematizada pela doutrina argentina em 1981, com o artigo publicado por Jorge Walter Peyrano, intitulado *Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*. Frise-se que não há consenso doutrinário a respeito do idealizador da teoria das cargas probatórias dinâmicas, todavia, é pacífico que Peyrano foi o responsável por sistematizá-la com todos os seus contornos.

De acordo com a teoria em comento, as regras em relação à produção probatória não estão prévia e abstratamente determinadas pela lei, independente do caso concreto, da natureza dos fatos e da relação jurídica processual dos sujeitos. Ao contrário, como já mencionado anteriormente, a lei atribui ao magistrado a possibilidade de analisar, com fundamento no caso concreto, qual das partes possui melhores condições para produzir a prova das alegações, independente de quem as tenha deduzido e, a partir de então, determinar o ônus da prova de cada um dos sujeitos processuais. Não importa quem é o demandante e o demandado. Nem tampouco se o fato é constitutivo, extintivo, modificativo ou extintivo de direito. Em determinados casos o ônus pode recair sobre ambas as partes, em especial sobre quem se encontre em melhores condições para produzi-lo. Tudo para atender aos princípios da igualdade material, do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé e da solidariedade processual.

De acordo com a referida teoria dinamizar é meramente atribuir caráter dinâmico, ativo ao *ônus probandi*. Com isso, segundo Carpes (2014, p. 94), a dinamização da prova permite afastar a chamada prova diabólica, “[...] que está diretamente relacionada com a impossibilidade material, financeira, técnica e informacional da parte onerada em se desincumbir da carga

processual atribuída”.

Convém ressaltar que a inversão do ônus da prova não se confunde com a distribuição dinâmica do ônus. Isso porque, na teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus é distribuído e determinado de maneira originária, não posterior a uma distribuição já realizada pela lei. De fato, o que ocorre é o completo afastamento da regra estática de distribuição do ônus para aplicação de outra regra processual, a da distribuição dinâmica, ao contrário da mera inversão da regra estática que acontece no código consumerista.

Nessa toada, Dall’Agnol Júnior (2001, p. 11) bem esclarece as premissas da teoria das cargas dinâmicas:

“a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) descon siderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Revela, isto sim: a) a caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo”.

Parte significativa dos doutrinadores, como por exemplo, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Humberto Theodoro Júnior, Luiz Guilherme Marinoni, entendem que o ônus da prova tem natureza de regra de julgamento. No entanto, para que a distribuição flexível do ônus probatório, como bem salienta Lazari (2012, p. 247), não ocasione risco de violação à garantia constitucional do devido processo legal, que se desdobra na ampla defesa e no contraditório, é necessário que tal distribuição seja entendida como regra de procedimento e não de julgamento.

Para isso, é necessário que o magistrado atribua o ônus da prova aos sujeitos processuais antes do início da fase instrutória, ou melhor, na decisão declaratória de saneamento (artigos 331, §2º e 3º do CPC) para que as partes tenham a oportunidade de produzir as provas cabíveis, em total consonância com a ampla defesa e o contraditório, jamais na fase decisória.

Essa atribuição realizada antes do início da fase instru-

tória deve ser feita de forma clara, objetiva e fundamentada para que as partes tenham plena ciência sobre as regras do jogo, nas mesmas condições de igualdade.

Para que a atribuição da carga probatória seja justa e equânime é necessário que o magistrado observe alguns critérios, que nos ensinamentos de Theodoro Júnior (2009, p. 423) são:

“a) a parte que suporta o redirecionamento não fica encarregada de provar o fato constitutivo do direito do adversário; sua missão é a de esclarecer o fato controvertido apontado pelo juiz, o qual já deve achar-se parcial ou indiciariamente demonstrado nos autos, de modo que a diligencia ordenada tanto pode confirmar a tese de um como de outro dos litigantes; mas, se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido; b) a prova redirecionada deve ser possível; se nenhum dos contendores tem condição de provar o fato, não se admite que o juiz possa aplicar a teoria da dinamização do ônus probandi; [...] c) a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo”.

Desta feita, percebe-se que para a aplicação da teoria da dinamização do ônus probatório é preciso que o magistrado atente-se para os critérios salientados por Theodoro Júnior, sob pena de incorrer em ofensa aos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

A respeito dos requisitos enfatizados por Theodoro Júnior, Lazari (2012, p. 248) afirma que:

“Tais parâmetros somente permitem abolir a ideia estática que se tem sobre a quem – se ao autor ou ao réu – compete provar

a matéria, de acordo com sua natureza – se impeditiva, extintiva ou modificativa do direito. 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”.

Além dos critérios mencionados cumpre-nos refletir a respeito do significado da expressão “melhores condições de provar”, que para Lazari (2012, p. 249):

“[...] não se trata meramente de melhores condições financeiras ou intelectuais da parte, nem daquela pessoa, física ou jurídica, que tem à sua disposição os melhores escritórios de advocacia. Em sentido contrário, o fato de ser o litigante incapaz, pobre na acepção jurídica do termo e/ou acompanhado por advogado dativo/defensor público/curador/tutor etc., por si só, não deve justificar sua liberação do ônus”.

O que se leva em consideração é o contexto dos fatos, como por exemplo, quem tem a posse de um determinado documento, ou quem possa produzi-lo com maior praticidade e qualidade. Em outras palavras, o ônus será distribuído de modo a facilitar a produção da prova necessária à busca da verdade real.

2.1 A DINAMIZAÇÃO DA CARGA PROBATÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antes mesmo do Novo Código de Processo Civil a Teoria da distribuição dinâmica do ônus processual já vinha sendo adotada no Brasil através de construção jurisprudencial que, fundamentando-se nos princípios constitucionais processuais da igualdade (substancial), a boa-fé objetiva, o devido processo legal, superou a falta de previsão legal para aplicá-la no caso

concreto.

Após muitos anos de discussões, foi aprovado no dia 17 de dezembro de 2014, nas duas Casas do Congresso Nacional, o projeto do Novo Código de Processo Civil. Frise-se que o mencionado código ainda sofrerá revisões e, por conseguinte, os números dos artigos ainda não são definitivos.

Ao que parece, o Novo Código de Processo Civil traz inovações capazes de proporcionar celeridade aos processos judiciais, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, segundo o qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Além da razoável duração do processo percebe-se uma preocupação do legislador em concretizar direitos fundamentais como a igualdade, o acesso à justiça e o devido processo legal.

Dentre as várias inovações do Novo Código de Processo Civil, uma reflete exatamente o intuito dos idealizadores do projeto, qual seja, o efetivo acesso à justiça. O Novo Código de Processo Civil acolheu a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova a fim de proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à justiça justa, pacificadora e garantir a igualdade formal e material entre os litigantes.

Para justificar tal assertiva, tem-se o artigo 139 do novo Código que estabelece como dever do juiz dirigir o processo de modo a “I - assegurar às partes igualdade de tratamento”; e o poder de “VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito [...]”.

Corroborando a ideia de que a distribuição do ônus da prova possui natureza de regra de procedimento, o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 357, determina que o juiz

deverá, no momento do saneamento: “III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”.

Quando não for cabível a improcedência liminar da demanda, ou não for cabível o julgamento antecipado da lide, o juiz deverá sanear o processo. Para isso, deverá resolver questões pendentes, salientar eventuais irregularidades, delimitar questões de fato, sobre as quais deverá recair a produção probatória e, de forma inovadora, definir a distribuição do ônus da prova. Desse modo, rompe-se com a regra estática de distribuição probatória prevista no artigo 333 do código atual.

O juiz, observando as peculiaridades do caso concreto, analisará quem possui melhores condições técnicas, financeiras e materiais para produzir a prova, independentemente se o fato é constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo. No mesmo sentido, não importará se o fato foi alegado pelo demandante ou pelo demandado. O ônus recairá sobre aquele que melhor puder produzir a prova.

Por seu turno, o artigo 373 do novo Código de Processo Civil prevê:

“O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

- I - recair sobre direito indisponível da parte;
 - II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
- § 4º. A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o Processo”.

Então, percebe-se que o novo Código não abandonou a regra rígida de distribuição do ônus da prova, eis que continua prevista no artigo 373. No entanto, excepcionalmente, a dinamização da carga probatória será possível nos casos previstos em lei, ou diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de produção da prova, ou, ainda, na hipótese de maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Para tanto, por óbvio, a decisão deverá ser fundamentada, expondo todas as circunstâncias que deram razão à distribuição determinada. Dessa decisão que determina a distribuição do ônus probatório, as partes serão intimadas e, no prazo de 05 (cinco) dias, poderão pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes. Caso as partes não se manifestem, ocorrerá a preclusão e a decisão se tornará irrecurável.

A propósito, tanto a decisão que distribui o ônus, quanto o recurso que a impugna, ou o pedido que solicita ajustes ou esclarecimentos, e a respectiva decisão, deverão se concentrar em propiciar melhores condições de produção das provas necessárias ao deslinde do feito. Em outros termos, não importará quem deduziu a alegação, mas sim, a aptidão de cada uma das partes para produzir a prova relativa àquela alegação.

Quanto a este aspecto, mais uma vez salienta-se a diferença existente entre o modelo de distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor, pois enquanto no primeiro há discricionariedade do juiz ao definir qual parte onerará, na hipótese de inversão, se presentes os requisitos indispensáveis previstos no art. 6º, VIII, do CDC, o juiz deverá, necessariamente, inverter o ônus legal estabelecido em favor do consumidor.

Ainda no artigo 357, § 3º, do novo código há previsão de que, quando “a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Nesse ponto, houve a positivação do princípio da cooperação quando o legislador garantiu que os sujeitos processuais poderão participar ativamente do processo, de modo a colaborar entre si e com o magistrado. Desse modo, através do diálogo e da participação ativa dos atores processuais na formação do convencimento do magistrado, haverá mais subsídios para que o mesmo possa decidir de forma mais segura e efetiva.

Com isso, o manto da neutralidade e imparcialidade do juiz será despido para que este possa agir de forma positiva, impulsionando o andamento processual, corrigindo irregularidades e evitando desigualdades.

Assim sendo, não há razões plausíveis para temer a dinamização na seara processualística civil. Aliás, pode-se buscar inspiração na excelente experiência do processo trabalhista na aplicação da dinamização do ônus probatório. Tal aplicação é fruto da interpretação sistemática do artigo 818, da Consolidação das Leis do Trabalho, frente aos princípios protetores trabalhistas, sem os quais o empregado estaria impossibilitado de demandar por seus direitos, em razão da extrema dificuldade na produção da prova.

Interessante notar que a perspectiva de proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente da demanda, que está na base da Justiça e do processo do trabalho, é baseada na ideia de igualdade substancial, a mesma que justifica uma regra de distribuição dinâmica do ônus da prova atualmente proposta para o processo civil.

A regra de distribuição estática prevista no artigo 333,

do Código de Processo Civil atual, como já mencionado anteriormente, não foi abolida do novo código. Desse modo, quando houver igualdade de condições na produção probatória ou quando pairar dúvida sobre quem tem as melhores condições de produzir a prova o método estático deverá ser aplicado.

Contudo, quando o magistrado, observando o contexto do caso concreto, perceber que há evidente desigualdade entre as partes e que uma parte tem mais condições de produzir as provas aplicará a teoria da distribuição dinâmica probatória.

Por fim, considerando a relevância do ônus da prova e sua distribuição dinâmica, há que se entender que a flexibilização pode representar um método de cooperativismo e equilíbrio entre os sujeitos processuais, de modo que o processo sirva de instrumento de promoção do exercício de cidadania, diálogo e que seja capaz de efetivamente concretizar a igualdade substancial, o devido processo legal e o acesso à justiça.

3. O PROCESSO À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Nos dias atuais não se admite a concepção do direito processual desatado dos princípios constitucionais. Isso porque, a Constituição de 1988 consagrou princípios e direitos fundamentais que ordenam e sustentam todo o ordenamento jurídico e que se efetivam através da tutela jurisdicional.

Desse modo, o direito processual está intimamente ligado aos direitos fundamentais estabelecidos na carta Magna, dentre eles o princípio do acesso à Justiça e do devido processo legal.

O direito processual compreende a ordenação do procedimento adequado à tutela dos direitos. Tal procedimento deve sempre garantir aos litigantes um mecanismo equânime, justo e que, de fato, seja capaz de pacificar o conflito. Para isso, o processo deve estar completamente sujeito à força normativa da

Constituição, pois só assim irá garantir e concretizar direitos fundamentais. Essa adequação e submissão à Constituição é o que se denomina constitucionalização do processo, ou melhor, neoprocessualismo.

A respeito do neoprocessualismo e a valorização da unidade constitucional, Dinamarco (2004, v. 1, p.197-198) afirma que:

“A Constituição impõe, expressamente, alguns princípios que devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, penal, trabalhista; jurisdicional ou não), a saber: [...] A constituição formula princípios, oferece garantias com um único objetivo final, que se pode qualificar como garantia-síntese que é o acesso à justiça. Com esse conjunto de disposições, e a que afeiçoar o processo a si mesmo, de modo que ele reflita, em menor, o que em escala maior está à base do próprio Estado de Direito”.

Ainda a respeito da constitucionalização do processo civil, Soares e Machado (2014, p.101) ressaltam que:

“[...] o neoprocessualismo trata os princípios como direitos fundamentais processuais, especialmente, os princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e da igualdade, cujas previsões se encontram expressas na Constituição Federal e passam a ser absorvidas no novo Código de Processo Civil [...]”.

Os princípios do devido processo legal (substancial) e acesso à justiça impõe, segundo assevera Guilherme (2010, p. 166), que o processo jurisdicional seja um meio através do qual o cidadão obtenha uma decisão justa, equânime e que realmente solucione o conflito. Assim, não há como afastar a hermenêutica constitucional do processo civil e, por sua vez, este deve se adaptar à realidade do caso concreto.

O pleno acesso à justiça, previsto no texto constitucional busca a proteção e a efetividade da dignidade da pessoa humana, pois, conforme afirma Nalini (1994, p. 27):

“O texto da Constituição do Brasil de 1988 é pródigo de exemplos de preceitos que decisivamente demonstram a intenção do constituinte de favorecer o acesso de todos os homens ao benefício da justiça, a partir do art. 1.º, que estabele-

ce como fundamento da República do Brasil a dignidade da pessoa humana - inciso III. E sem a via aberta ao Judiciário, nenhuma pessoa terá reconhecida em plenitude sua dignidade, quando vulnerada em seus direitos”.

No mesmo sentido, não se pode olvidar que o processo é manifestação da liberdade de expressão e, por seu turno, representa uma forma de participação democrática, ou seja, exercício pleno da dignidade humana.

O novo Código de Processo Civil traz em seus dispositivos esse novo olhar, essa nova forma de compreensão do processo, já que concretiza a necessidade do processo civil ser ordenado e interpretado à luz dos dispositivos constitucionais. Desse modo, positiva-se a valorização da unidade constitucional e afirma-se que o processo está subordinado ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento máximo da República Federativa do Brasil.

Assim sendo, não há dúvidas de que o direito processual moderno não pode se afastar dos princípios e regras constitucionais e, portanto, deve garantir o acesso à justiça e o devido processo legal a fim de concretizar a efetividade jurisdicional.

3.1 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O artigo 5º, incisos XXXIV e XXXV, da Constituição Federal de 1988 estabelece a inafastabilidade da jurisdição, o que garante que as pessoas possam submeter seus conflitos à apreciação do poder judiciário.

Contudo, não basta garantir o acesso ao poder judiciário se a decisão for injusta e não vier a pacificar a sociedade.

Isso porque, o acesso à justiça não pode ser apenas formal, mas, principalmente, deve contar com procedimentos concretos capazes de fazer valer a proteção dos direitos das pessoas, ou seja, não se pode conceber o acesso à justiça apenas como direito de petição ao Poder Judiciário. O princípio do acesso à justiça vai além, ele preconiza que as partes possam obter

a efetiva e completa solução de seus conflitos de interesses.

A esse respeito Dinamarco (2009, p. 44) afirma ser “indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício de lógica jurídica”. Tal assertiva se adequa perfeitamente ao tema em estudo, qual seja, a estrita relação entre a distribuição do ônus probatório e a efetivação da prestação jurisdicional justa.

A efetividade do processo significa que o processo deve ser um mecanismo apto a cumprir de forma integral suas funções sociais, políticas e jurídicas, concretizando seus objetivos institucionais.

Dinamarco (1996, p.288) ressalta que a efetividade vai muito além do direito de petição quando preleciona que a problemática da efetividade envolve a admissão do conflito de interesses em juízo; o modo de ser do processo; os critérios de julgamento e a efetividade das decisões.

Os princípios e garantias constitucionais ganham especial relevância no aspecto do modo de ser do processo, eis que aplicam-se a inafastabilidade da apreciação do poder judiciário, o devido processo legal, que se desdobra na ampla defesa e no contraditório, a publicidade, a fundamentação as decisões, o ônus probatório, etc.

A tutela jurisdicional deve ser capaz de, no caso concreto e diante da realidade social, entregar uma decisão que considere todos os argumentos apresentados pelas partes e, por consequência, seja justa e venha a pacificar o conflito, atendendo aos anseios sociais.

Para isso, é necessário que a decisão esteja próxima da verdade real, a qual só é possível quando os litigantes conseguem produzir todas as provas necessárias para comprovar suas alegações e, conseqüentemente, formar a convicção do julgador. Desse modo, infere-se a que o acesso à justiça possui ligação direta com o ônus probatório porque só haverá tutela juris-

dicional justa quando houver possibilidade de realização da prova do fato constitutivo do direito.

3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conceituar o princípio do devido processo legal não é tarefa fácil, eis que seu conteúdo não possui limites determinados, não é um instrumento mecânico ou um padrão.

O devido processo legal é fruto da evolução histórica e, segundo Santos *apud* Soares e Machado (2014, p. 103-104)

“[...] a primeira concepção referente ao devido processo legal originou-se na Inglaterra, em 1215, na Magna Carta, do Rei João “Sem-Terra”. A expressão do *due process of Law* foi introduzida no direito constitucional americano em 1787, quando a V emenda à Constituição proibiu o Estado de limitar os direitos individuais ou de propriedade, salvo por meio de procedimento legal”.

Nessa toada, Grinover (1973, p.34) observa que “justiça, irrepreensibilidade, ‘*due process of law*’ são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país.”

Com o passar dos tempos o devido processo legal passa a assegurar a igualdade de tratamento entre as partes frente a qualquer autoridade e a paridade de armas, garantindo a igualdade não apenas formal, mas, principalmente, substancial.

Segundo Soares e Machado (2014, p. 104) o princípio do devido processo legal “No Brasil, foi adotado expressamente, pela primeira vez, no texto constitucional de 1988, ratificando o Estado Democrático de Direito”.

Assim sendo, a inserção do devido processo legal no texto constitucional garante o respeito aos princípios da igualdade, da legalidade e da supremacia da Constituição, de modo a representar o princípio geral norteador da atividade jurisdicional.

Para Nery Júnior (2010, p. 79) o devido processo legal é o gênero e todos os demais princípios e regras são espécies.

Como gênero o devido processo legal se desdobra no sentido substancial, que diz respeito ao direito material, e no sentido processual, que refere-se ao princípio do juiz natural, investidura, igualdade, contraditório e ampla defesa, publicidade e fundamentação das decisões.

Conforme bem observa Soares e Machado (2014, p. 104):

“[...] as garantias da ampla defesa e do contraditório se desdobram como consequência direta do princípio do devido processo legal, de tal sorte que, muito mais que uma simples previsão, a ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, cujos exercícios estão intimamente ligados à amplitude probatória, na medida em que o processo alcance a justa solução, imprescindível à garantia da produção da prova”.

Tal amplitude probatória é garantida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal ao expressar que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, devam ser observados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Desta feita, só haverá contraditório e ampla defesa quando houver efetiva igualdade de tratamento entre as partes, ou seja, deve-se dar às partes litigantes as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos para que possam fazer valer seus direitos e para que o magistrado profira uma sentença justa.

Tanto o contraditório quanto a ampla defesa proporcionam que as partes tenham participação, informação e influência na decisão judicial na mesma medida.

Quanto à paridade de armas, Nery Junior (2010, p. 245) salienta que: “a igualdade de armas não significa paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais”.

Desse modo, para garantir a isonomia entre os litigantes é imperioso que o julgador tenha uma postura ativa e observe as condições materiais e processuais de cada caso concreto. Isto lhe possibilitará a diferenciação de situações idênticas e

distintas e, posteriormente, o tratamento desigual aos desiguais e a aplicação da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, se aplicada corretamente, poderá contribuir para garantir aos cidadãos efetivo acesso à justiça e um processo equânime que, de fato, resolva o conflito e pacifique a sociedade.

CONCLUSÃO

A sociedade moderna é cada vez mais complexa e dinâmica, o que exige uma adequação às novas demandas, novas realidades.

A prova é uma questão de suma importância porque é mediante ela que se viabiliza o convencimento do magistrado.

O modelo estático de distribuição do ônus da prova, previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil atual, é rígido e ignora as particularidades do caso concreto, bem como dos sujeitos do processo. Pela regra do artigo mencionado, o autor é obrigado a provar os fatos constitutivos do direito pleiteado em juízo, enquanto o réu é obrigado a produzir provas dos fatos obstativos da pretensão do autor.

Ocorre que, o apego desmedido a essa regra dogmática, por vezes, impede o acesso do cidadão ao judiciário; quando não, cria situações de desigualdade que impossibilitam o devido processo legal e a efetiva tutela jurisdicional. Inúmeras são as situações nas quais é impossível ao autor produzir a prova do fato constitutivo de seu direito, como por exemplo, nas ações de responsabilidade civil por erro médico, contratos bancários e nas relações trabalhistas.

A moderna doutrina processualística há muito vem travando batalhas em prol da flexibilização da distribuição do ônus da prova. A teoria que vai ao encontro dos anseios dos doutrinadores modernos é a distribuição dinâmica das cargas probatórias.

Recentemente, essa doutrina foi consagrada no Novo

Código de Processo Civil que entrará em vigor no ano de 2016, prevista no artigo 357, segundo o qual o juiz, na decisão de saneamento e organização processual, deverá definir a distribuição do ônus da prova.

Não importa se o fato alegado é constitutivo, impedido ou extintivo. Também não importará se o sujeito é o demandante ou demandado. O juiz terá liberdade para analisar o caso concreto, os fatos relevantes, controversos e determinados e, ao mesmo tempo, avaliará a possibilidade de cada um dos sujeitos de produzir as provas necessárias para o deslinde do feito. Desse modo, o ônus de produzir a prova caberá tanto ao autor quanto ao réu, ou aos dois, inclusive, a depender das circunstâncias materiais, financeiras, informacionais e da situação processual de cada uma das partes.

Apesar da resistência de parte da doutrina, a dinamização apresenta-se compatível com o ordenamento brasileiro, uma vez que encontra respaldo nas garantias constitucionais do acesso à justiça, da pacificação social, do devido processo legal e da igualdade material.

Por fim, o acolhimento da teoria da dinamização da carga probatória evidencia a preocupação do legislador derivado em garantir a participação e a igualdade dos sujeitos na construção da decisão judicial justa e que, realmente, proporcione a pacificação social, adequando a distribuição do ônus probatório aos princípios constitucionais da igualdade e do devido processo legal.

Como consequência, a dinamização da produção probatória é um instrumento para que o acesso à justiça não seja apenas mera formalidade dissociado dos anseios do jurisdicionado e da sociedade. No entanto, de nada adiantará tais inovações se os magistrados estiverem avessos e permanecerem apegados aos dogmas do passado.



REFERÊNCIAS

- AZÁRIO, Marcia Pereira. *Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro*. Disponível em:
<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/7478/000545981.pdf>. Acesso em: 10/01/2015.
- BALDINI, Renato Ornelas. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho*. Disponível em:
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/pt-br.php>. Acesso em: 02/02/2015.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em 20/12/2014.
- BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 10/12/2014.
- BURGARELLI, Aclibes. *Tratado das provas cíveis*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.
- CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização do ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em:
<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf>. Acesso em: 10/12/2014.
- COSTA JUNIOR, Lucas Danilo Vaz. *A teoria da carga dinâmica probatória sob a perspectiva Constitucional de*

- processo*. Disponível em:
https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/143/teoria%20carga%20dinamica_Costa%20Junior.pdf?sequence=1. Acesso em: 02/02/15.
- DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. In Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, p. 11, fev. 2001.
- DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil*. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2004, vol. I, p. 423.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Bahia: Editora JusPodium, 2007, v. 2.
- _____. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2, 5ª ed. Salvador: JusPodium, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *A Instrumentalidade do Processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GUILHERME, Thiago Azevedo. *Considerações sobre a flexibilização do ônus da prova e o acesso à justiça na constitucionalização do processo civil*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3942.pdf>. Acesso em 1/09/2015. P.166-180.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. In: Revista do conselho nacional de política criminal e penitenciária. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/biblioteca-on-line->

- 2/biblioteca-on-line-revistas/revista-do-cnccp-n18.pdf#page=15. P. 15-23. Acesso em: 3/02/15.
- _____. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973.
- HOLTHAUSEN, Fábio Zabot. *Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual*. Tubarão: Unisul, 2006.
- _____. *Prova judicial: conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário*. Disponível em: http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1651&categoria=Processual%20Civil. Acesso em: 02/02/2015.
- 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; Lazari, Rafael José Nadim de. *Ensaio Escolhidos de Processo Civil*. Brasília: Editora Kiron, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto*. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 26.01.07.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, t. I, 2000.
- _____. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.
- MENDES, Maria Lúcia Teixeira. *Princípio da verdade real no processo judicial brasileiro*. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/209/202. Acesso em: 02/02/2015.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A Constituição e as provas ilícitamente obtidas*. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 4, p. 101-115, jul./dez. 1996.
- _____. *Por um processo socialmente efetivo*. Revista de

- Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.
- NALINI, José Renato. *O Juiz e o aceso à justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*. In: Revista Dialética de Direito Processual, n. 93. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços LTDA, dez/2010.
- _____. *Os deveres-poderes do juiz no Projeto de Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242883/000923083.pdf?sequence=1>. Acesso em 05/04/2015.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. v. IV. São Paulo: Forense, 1976.
- SANTOS, Gildo dos. *A prova no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- SILVA, Nelson Finotti. *Verdade real versus verdade formal no processo civil*. Revista Síntese – Direito civil e processo civil. Novembro – dezembro 2002 – vol. 20 – p. 17/21.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. III. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- SOARES, Andrea Antico; MACHADO, Edinilson Donisete. *O ônus da prova e sua sistematização no projeto do novo código de processo civil sob a ótica constitucional*. In *Função Política do Processo II/Renato Bernardi, Fabiana Tamaoki Neves, organizadores*. – 1. ed. – Jacarezi-

- nho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito) p. 99-113.
- TARUFFO, Michele. *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmckk9s2>. Acesso em: 02/02/2015.
- _____. O ônus como figura processual. Disponível em: https://www.academia.edu/4492633/Tradu%C3%A7%C3%A3o_ao_Portugu%C3%AAs_coord._-_Prof._Dr._Michele_TARUFFO_-_O_%C3%94nus_como_Figura_Processual_DP_1osem_2013. Acesso em: 10/09/2014, p. 420-431. Acesso em: 10/02/2015.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A prova no processo do trabalho*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1994.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. 1. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- VIEIRA, Bianca Barbato. *A aplicação da teoria dinâmica de distribuição dos encargos probatórios nas demandas consumeristas*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/127166/TCC%20%20BIANCA%20BARBATO%20VIEIRA%20reposit%C3%B3rio%20%281%29.pdf?squence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20/02/2015.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.