



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A teoria dinâmica do ônus da prova e o Código Processual Civil de 2015:
alterações em benefício do acesso à ordem jurídica justa.

Claudia Aiex Baptista Martins

Rio de Janeiro
2016

CLAUDIA AIEX BAPTISTA MARTINS

A teoria dinâmica do ônus da prova e o Código de Processo Civil de 2015: alterações em benefício do acesso à ordem jurídica justa.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro

2016

A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - ALTERAÇÕES EM BENEFÍCIO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Claudia Aiex Baptista Martins

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduanda pela Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente trabalho trata da nova abordagem da produção de provas, positivada no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, fazendo uma retrospectiva do sistema de provas das legislações anteriores com as normas constitucionais sobre processo e garantias efetivas de acesso à justiça. Trata-se no primeiro capítulo das condições para o acesso à justiça delineadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. No segundo capítulo é abordada a evolução do tratamento dado à produção da prova no processo. No terceiro capítulo, por fim, é analisado o viés constitucional do CPC de 2015 com a conseqüente evolução da teoria da carga dinâmica da prova.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Teoria dinâmica do Ônus da Prova. Acesso à ordem jurídica justa.

Sumário: Introdução. 1. A relação do verdadeiro acesso à justiça com a inversão do ônus da prova. 2. Ônus estático *versus* ônus dinâmico. 3. A inovação do Código de Processo Civil de 2015 e o favorecimento do acesso à justiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca investigar a inovação do Código de Processo Civil de 2015 no que se refere à distribuição dinâmica do ônus da prova.

Até o Código de Processo Civil de 1973, a regra era a adoção da teoria estática de distribuição do ônus da prova, cujo encargo recaía sobre aquele que alegava o fato. E era comum que uma das partes, portadora do bom direito, se deparasse com a incumbência de produzir prova diabólica e, não o fazendo, viesse a sucumbir.

No primeiro capítulo, busca-se expor as ideias de acesso à justiça bem explanadas por Mauro Cappelletti em cuja obra registra-se uma vasta análise da necessidade de prover o acesso à justiça a todos os indivíduos da sociedade e, mais que isso, a ampliação do conceito de acesso, alargando seu espectro para além da gratuidade de justiça.

No segundo capítulo, segue-se o caminho percorrido desde a concepção de ônus da prova, inversão do ônus da prova e, mais modernamente, a teoria dinâmica do ônus da prova, que se destaca não só pela necessidade de chegarem ao estado-juiz os mais efetivos meios

para uma decisão justa, mas também o compromisso que cada parte tem em colaborar para que isso aconteça.

Vale destacar que a verdade real importa não somente às partes, mas principalmente ao estado-juiz na busca da prestação jurisdicional mais efetiva. Será demonstrado que não se trata de simples inversão do ônus, mas da possibilidade de provar que o fato alegado pela outra parte não condiz com a verdade, trazendo aos autos prova contrária a tal alegação.

O encargo de trazer a prova é, em regra, de quem alega o fato. Porém, nem sempre isso é viável, tornando excessivamente difícil, ou mesmo impossível, a sua demonstração. Sobretudo quando se trata de fato negativo - é a chamada prova diabólica - expressão com origem no direito canônico em que se afirma que só o diabo poderia produzir prova negativa.

Objetiva-se demonstrar, portanto, o cabimento da inversão dinâmica do ônus da prova nos casos de se ter que produzir a prova diabólica e o quanto essa inovação contribuirá para o melhor acesso à ordem jurídica justa.

É importante identificar, também, em que momento deve-se produzir a prova necessária e se qualquer das partes poderá pedir ao o juiz que a determine.

É cada vez mais forte a indagação sobre se a teoria estática do ônus da prova fere os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por isso, o terceiro capítulo deste estudo aborda o viés do Código de Processo Civil com a Constituição de 1988, que determina o novo olhar que se deve ter para a solução das lides levadas ao Judiciário.

Desse modo, busca-se analisar a efetividade da dinamização do ônus da prova em favor do deslinde do litígio e no interesse da melhor prestação jurisdicional, com foco na constitucionalização do processo civil, que traz logo no primeiro capítulo as normas - regras e princípios inspirados na Constituição da República - que devem nortear o processo.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritivo – qualitativa.

1. A RELAÇÃO DO VERDADEIRO ACESSO À JUSTIÇA COM A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O que é acesso à justiça? Desde que o estado tomou para si e monopolizou a jurisdição para fazer frente à autotutela e suas consequências, a ideia de acesso à justiça

começou a ser delineada. Justiça com as próprias mãos passou a ser ato criminoso (art. 345 do Código Penal) ¹.

Sociedades que não viviam pelas regras do direito, pois que estas ainda eram inexistentes, à medida em que foram se desenvolvendo, foram também sendo formatadas as ideias sobre estabelecimento de penas para atos ilícitos. A falta de parâmetros ameaçava a paz social.

Nesse contexto, surgiram as leis como a de Talião – *lex talionis*- e o Código de Hamurabi, cujas ideias começaram a delinear o estado, este ente que viria a ser o único legitimado a proferir as regras e a punir os infratores na proporção de suas ofensas. Vingança deixou de ter lugar nas hipóteses de justiça.

Mas como garantir a prestação jurisdicional a fim de desestimular o jurisdicionado a lutar com as próprias mãos pelo seu direito, trazendo para a sociedade consequências muitas vezes nefastas e impingindo um estado de barbárie?

Princípios passaram a ser tecidos e regras, então, foram criadas e sistematizadas em ordenamentos de uso obrigatório.

O indivíduo não teria mais que achar uma solução e executar um ato contra aquele que lhe causou algum prejuízo. Agora ele teria o direito e a obrigação de procurar o estado e pedir a tutela adequada para fazer o equilíbrio na balança da justiça.

Na Constituição Federal de 1988, os princípios do devido processo legal e da garantia ao contraditório no art. 5º, incisos LIV e LV, respectivamente, visam possibilitar esse acesso à justiça em casos de lesão ou ameaça ao direito. Porém, segundo o professor Haroldo Lourenço²,

Não adianta a norma constitucional definir o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, se aliado ao devido processo legal não for possível trazer a efetividade deste processo porque o sistema probatório infraconstitucional não o permite.

Mais que isso, discute-se hodiernamente a efetividade dessa prestação jurisdicional. Não se trata apenas de garantir o acesso aos órgãos jurisdicionais e o direito a uma decisão em

¹ LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.59-61

² *Ibidem*, p. 100-101

sentido estrito. Em todas as relações processuais o que se deve buscar é o enfoque da efetividade, o encontro da decisão justa no menor espaço de tempo possível e com o custo suportável.

O artigo 373, II, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 traz a inovação da carga dinâmica da prova, a fim de evitar decisão baseada na sua falta, que pode ser injusta, quando se fala em prova negativa, muitas vezes chamada de diabólica.

A dinamização da carga probatória é mais um passo, efetivo, no caminho para a construção de decisões mais justas. Vem desde o direito romano a convicção de que o ônus da prova cabe a quem alega o fato. Neste sentido, vem sendo confirmada em nosso ordenamento pátrio esta convicção desde sempre. Poucas exceções foram tecidas. Os exemplos estão no direito do consumidor e no do trabalho.

Na verdade, esses últimos valem-se da inversão do ônus, o que não é exatamente carga dinâmica. Na inversão, reconhece-se a situação de hipossuficiência de uma das partes, jogando sobre a outra o dever de fazer as provas do alegado por si ou contra a outra parte.

Na carga dinâmica, o que se quer é que aquele que tiver melhores condições, faça a prova necessária para afirmar sua versão dos fatos ou para contradizer a versão do oponente. Toma-se como exemplo a hipótese de alguém ter que provar que nunca esteve em tal lugar. Se for mais viável, caberá à outra parte provar que esteve.

Não há, no caso, relação de hipossuficiência e, ao contrário da legislação consumerista, por exemplo, em que é positivado o direito de pedir a inversão do ônus - *ope legis* - caberá ao magistrado, no caso da carga dinâmica, estabelecer quem está em melhores condições de produzir a prova - *ope judicis*.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth³ teceram a teoria das três ondas de acesso à justiça. Os autores identificam algumas das barreiras que dificultam ou impossibilitam o acesso à justiça. Não pretenderam, como exposto nesta obra, esgotar todo o complexo repertório de entraves para o pleno acesso à justiça, pois reconhecem que as necessidades vão se criando ou se alterando de acordo com o lapso temporal, a evolução social, fatos políticos e econômicos a que todas as sociedades estão expostas.

³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 6-27.

Destacam, primeiramente, para o efetivo acesso, a importância de igualar as partes, igualando suas armas, considerando, ao mesmo tempo, a premissa de que esta é uma ideia utópica. Após identificarem as barreiras para o acesso, propõem mecanismos para vencê-las.

A primeira delas é o alto custo judicial de se promover e manter um processo em curso, o que piora quando se é sucumbente, pois no sistema brasileiro, por exemplo, é este quem arca com honorários e custas. Nem mesmo o novo Código de Processo Civil alterou este entendimento. Ninguém tem certeza que será o vencedor em um litígio, por isso deve antes calcular se poderá sustentar seus custos. Assim, Cappelletti e Garth⁴ identificaram a barreira pecuniária como a primeira a ser transposta.

Em segundo lugar, os referidos autores apontam para as “possibilidades das partes, (...) expressão utilizada pelo prof. Marc Galanter, repousa na noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas”⁵. Essas vantagens são as que possibilitam que alguns tenham a capacidade de vislumbrar um direito e conhecer os mecanismos para persegui-lo, o que demonstra nível educacional e/ou socioeconômico elevados, e que, também, possam arcar com os custos do processo e que perdem menos com a sua longa duração.

Em terceiro lugar, os autores apontam para os “problemas especiais dos interesses difusos”⁶. Como se mobilizar contra um prejuízo que incidirá sobre um grupo não específico de indivíduos? Ou quando não se pode calcular com exatidão o ônus que será sustentado por cada um? Como mobilizar a máquina do estado em função de toda a sociedade? Como formar grupos coesos para ajuizar ações contra oponentes poderosos? Como litigar cidadão contra governo?

Desse modo, os autores apontam as três ondas para a transposição dessas barreiras: a primeira é a assistência judiciária gratuita para aqueles que não tem como arcar com as custas judiciais sem comprometer o próprio sustento. No Brasil, essa barreira está efetivamente vencida com o instituto da gratuidade de justiça, criado pela Lei n. 1.060/50, que abona custas e honorários advocatícios e com a bastante efetiva atuação das defensorias públicas, criadas por lei complementar e asseguradas na Constituição Federal.

Como segunda onda, é proposta a representação dos interesses metaindividuais através do Ministério Público em conjunto com entidades privadas. Não é viável que todos os

⁴ Ibidem. p. 6.

⁵ Ibidem. p. 7.

⁶ Ibidem. p. 10.

interessados na proteção do meio ambiente estejam em juízo ao mesmo tempo, por exemplo. Por isso, se faz necessário um agente legitimado que represente essa coletividade. Conceitos básicos de institutos jurídicos como a citação, coisa julgada e direito de defesa devem ser ajustados a essa modalidade.

E, finalmente, a terceira onda, uma amplitude da concepção de acesso à justiça, com mecanismos mais céleres, com menos formalismos judiciais e mais efetivos com a implementação de instâncias arbitrais, mediadoras e conciliadoras para compor conflitos sobre direitos disponíveis, possibilitando o acordo entre as partes, sem que haja um vencedor e um vencido.

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil chega valorizando esses sucedâneos da jurisdição para vencer as barreiras do acesso à justiça. Tudo em benefício da maior efetividade da prestação jurisdicional, equacionando o acesso à justiça com decisões justas e duração razoável do processo.

2. TEORIA DO ÔNUS ESTÁTICO *VERSUS* ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

A distribuição estática do ônus da prova tem expressa previsão legal. É fundamentada no ordenamento jurídico brasileiro desde o CPC de 1939, o primeiro CPC brasileiro, no artigo 209, parágrafos 1º e 2º. Regra confirmada no CPC de 1973, no artigo 333.

De acordo com o referido artigo, o ônus da prova do direito constitutivo cabe ao autor, restando ao réu o direito à impugnação da pretensão por meio de prova que impeça, modifique ou extinga o direito do autor.

É a divisão fixa nas relações processuais civis, não considerando as consumeristas, exceto pela possibilidade de convenção entre as partes de distribuição da prova, prevista no parágrafo único do artigo 333 do CPC de 1973.

Essa literalidade de lei torna mais difícil a relativização da regra pelos órgãos jurisdicionais, que por esse motivo é chamada de distribuição estática do ônus da prova.

Deve-se esclarecer que ônus não deve ser entendido com o sentido de peso ou obrigação, mas um encargo em função de proporcionar melhores bases para a análise e decisão do caso pelo órgão julgador.

O ônus da prova pode ser subjetivo ou objetivo. Diz-se subjetivo porque incumbe à parte que alega o fato trazer a prova ao processo, ou seja, a parte fica onerada pela prova, interligada pela alegação e a comprovação.

O ônus subjetivo determina que parte deve produzir a prova relativa a um determinado fato e as consequências de não fazê-lo ou fazê-lo de forma ineficiente.

Há ainda, para aquele que não possui o ônus probatório, o interesse na impugnação de fato alegado, devendo para isso, produzir contraprova para desconstruir a tese da parte adversária.

O artigo 130 do CPC de 73, substituído pelo artigo 370 no CPC/2015 diz que o juiz, verificando a necessidade das provas para a instrução do processo, irá requerer às partes que as produzam, determinando a distribuição do ônus probatório entre os litigantes.

Na continuidade do raciocínio, havia no artigo 131 a permissão para a livre apreciação da prova pelo juiz, consagrando seu ônus objetivo, não importando quem apresentou determinada(s) prova(s) em que a decisão do magistrado se baseou. Desse modo, por esse dispositivo, o juiz pode proferir sua sentença sem diferenciar de onde se originou a prova. Esse artigo foi substituído pelo artigo 371 no CPC/2015.

Dessa forma, esclarece Sandro Grangeiro Leite⁷: “O ônus objetivo direciona-se ao magistrado, que, em homenagem ao princípio do *non liquet*, deve proferir uma sentença e solucionar a lide, em virtude de um imperativo de ordem pública”.

Vinha do Direito Romano a permissão ao juiz para se recusar a decidir causas que não julgasse claras o suficiente para a sentença. O magistrado poderia simplesmente sentenciar *sibi non liquere*⁸. No entanto, hoje não se admite mais que o juiz se abstenha de decidir sob qualquer pretexto, nem mesmo por falta ou insuficiência de provas.

Quanto à divisão do ônus da prova entre subjetivo e objetivo, assevera Haroldo Lourenço⁹:

Cumprir registrar que tais divisões de ônus, em efeitos práticos, se mostram pouco importantes, pois, depois de produzida a prova, pouco interessa saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável, visto que, pelo princípio da comunhão ou aquisição da prova, depois de produzidas não pertencem mais a qualquer das partes, mas sim ao processo, pouco importando a origem subjetiva – artigo 371 do CPC de 2015. Assim, não haveria qualquer sentido em dizer que cabe a esta ou àquela parte desenvolver a atividade de produção de prova.

Diante da incerteza, cena comum no sistema do livre convencimento motivado, integrante do CPC/73, o juiz podia, e muitas vezes o fazia, utilizar-se das regras estáticas de

⁷ LEITE, Sandro Grangeiro. *Ônus subjetivo e ônus objetivo da prova*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12084>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

⁸ LOURENÇO, op. cit., p. 76.

⁹ Ibidem., p. 74-75.

distribuição do ônus da prova, onerando aquela parte que carrega o encargo da prova com uma sentença desfavorável, uma vez que não trouxe a prova necessária a confirmar suas alegações. Este instituto não faz parte do CPC/2015.

A regra da teoria estática do ônus probatório pode servir para o julgador dirimir a questão e pronunciar a sentença em desfavor daquele que não produziu a prova suficiente que estava em seu encargo. Daí a dizer que a decisão foi a mais justa, vai uma distancia enorme.

A parte, por vezes, não tem melhores condições de assumir o encargo probatório e na teoria dinâmica, o juiz pode, percebendo quem tem as condições, deslocar o ônus em função de perseguir a melhor verdade.

O que se busca em um processo judicial não é escamotear a verdade, mentir ou fazer valer uma decisão injusta.

Deve-se perseguir o bom direito, a justa decisão para a promoção da paz social, da segurança da sociedade que se dirige ao judiciário para ver apreciada a sua lide desde que a humanidade saiu da fase em que a justiça era feita com as próprias mãos.

Na leitura do artigo 333 do CPC de 73, se conclui que a prova incumbe a quem alega o fato e que, segundo Moacyr Amaral Santos¹⁰, em regra, ao autor cabe a prova dos fatos que constituem ou modificam seu direito.

Ainda assim, mesmo a literalidade desse artigo não afirmando, o réu não fica impedido de tentar provar a inexistência de fato constitutivo do direito do autor.

Apesar da afirmação quanto ao ônus da prova, o jurista emprega a expressão “em regra” dando a ideia que mesmo a divisão estática do ônus da prova não pode ser vista como absoluta, apesar de a maioria dos doutrinadores entenderem, até então, caber o ônus a quem alega.

A inovação do Código de Processo Civil de 2015 no capítulo das provas vem no sentido de relativizar o encargo probatório e deixar a cargo do juiz perceber quem, na lide, tem melhores condições para isso.

A Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu na Argentina, tendo como principais autores Jorge W. Peryano¹¹, na obra *Teoria de las Cargas Probatorias Dinamicas*, e aos poucos foi se lastreando pela doutrina de países como o Brasil até que finalmente entrou para o seu ordenamento processual de forma mais concreta.

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. V. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 153.

¹¹ LOURENÇO, op. cit., p. 96.

O Código de Processo Civil de 2015 trata no Capítulo XI sobre as provas, a partir do artigo 369. Fica claro na leitura do artigo 373 do novo código e seus incisos que a distribuição estática continua como regra geral, uma vez que repete *ipsis litteris* o artigo 333 do código de 1973. É no parágrafo 1º do artigo 373 que reside o ineditismo das regras para a dinamização do ônus da prova.

Nesse ponto é que o legislador expressou o que a doutrina já vinha apontando e a jurisprudência já começava a compreender e aplicar. A partir desse momento, do evento do CPC de 2015, está formalizado o entendimento do benefício da carga dinâmica, coadunado com as ideias constitucionais de melhor acesso à justiça e maior efetividade da prestação jurisdicional.

No ordenamento brasileiro já havia sido positivada a inversão do ônus da prova no tocante ao direito do consumidor. Especificamente, trata-se de relação, na maior parte das vezes, desigual.

De um lado o fornecedor de produto ou serviço e de outro o consumidor. Deste lado podendo ser qualquer uma pessoa da sociedade, com qualquer nível sociocultural e financeiro. Daquele, uma figura que domina conhecimento específico sobre o bem ou serviço comercializado.

Para diminuir essa diferença de poder entre fornecedor e consumidor, e em função da segurança no consumo, foi criada a regra de ouro do artigo 6º, inciso VIII do CDC, que determina a inversão do ônus da prova a fim de garantir um direito básico na defesa dos direitos do consumidor.

Ainda assim, a critério do juiz, quando este verificar a verossimilhança das alegações do consumidor ou quando for este hipossuficiente, critério último quase sem exceção.

Neste caso, a inversão prevista no CDC é o caso da exceção que confirma a regra. Não é dinamização do ônus da prova. O ônus continua sendo de quem alega, mas em virtude de critérios tais, o juiz inverte a fim de garantir os direitos do consumidor, tido como a parte frágil da relação.

Segundo os doutrinadores Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos¹², “essa determinação legal nos leva à inafastável conclusão de que existe um ônus probatório e que este pode ser invertido nas relações de consumo. Esse ônus probatório existente e que será invertido é aquele fixado pela regra da distribuição estática”. O que se busca, no caso, é atender ao princípio da isonomia, igualar as forças.

¹² FLEXA, Alexandre; MACEDO Daniel; BASTOS Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro. Juspodivm, 2015, p.311.

Os dispositivos do novo Código de Processo Civil, no que tange à dinamização, são mais abrangentes e mais isonômicos, não se tratando de casos de relação de hipossuficiência. Ele prima também pelos princípios processuais da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade, com o objetivo de promover a igualdade, em sentido material, das partes. O juiz verifica, caso a caso, quem se encontra em melhores condições de produzir a prova.

É possível extrair do parágrafo 1º do artigo 373 do CPC de 2015 que o juiz dinamizará o ônus da prova concretamente quando distinguir qual das partes possui maior conhecimento técnico ou fático ou tenha maior facilidade de demonstração da prova.

Mas em que momento deverá o juiz, dinamicamente, distribuir o ônus da prova? O CPC de 2015 responde a esta questão determinando que deverá fazer parte da fase instrutória, como deixa entender a parte final do parágrafo 1º do artigo 373. Trata-se de decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento, previsto no artigo 1015, XI do mesmo diploma.

Percebe-se, e ainda com o reforço do contido no parágrafo 2º do artigo 373, que mesmo com determinação do juiz, as partes são livres para se desincumbirem do ônus por excessiva dificuldade ou mesmo impossibilidade de fazê-lo.

Por outro lado, analisando o parágrafo 3º, vê-se que independente de decisão judicial, as partes podem, por si, convencionarem a distribuição do ônus probatório, tal como já vinha afirmado no CPC de 73.

É notável a flexibilidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 no que se refere, entre outros tantos assuntos, ao capítulo da prova, possibilitando participação mais ativa do juiz sem, no entanto, mitigar o princípio da inércia que baliza a prestação jurisdicional.

Todo esse ritmo vai de encontro à onda de constitucionalização das instituições brasileiras e de todo ordenamento jurídico construído antes de 1988 e, portanto, eivado da cultura menos democrática, mais comum no Brasil desde o seu descobrimento.

O Código de 2015 está cheio de exemplos como o do artigo 379, II em que o termo “colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial” veio substituir o termo “submeter-se à inspeção judicial” do artigo 340, II do CPC de 73. Nota-se que os dois artigos têm o mesmo teor, porém cada um traz em seu corpo a expressão da realidade político-social da época em que foram escritos.

3. A INOVAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O ACESSO À JUSTIÇA.

Há muito a doutrina já vinha apontando sobre a possibilidade e a necessidade de inversão do ônus da prova em processos comuns, que não o do consumidor, o penal ou o do trabalho.

A jurisprudência também demonstra este entendimento, mesmo antes da permissão legal do novo código, nos casos de prova diabólica ou em que se discutia erro médico, questões de família ou dano ambiental, tendo como exemplo neste último caso, o voto da Ministra Eliana Calmon¹³ com o seguinte conteúdo:

[...] princípio da precaução - inversão do ônus da prova.(...) 3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva [...].

O magistrado apenas deveria ser responsável ao aplicar este instituto que era, e ainda é, de uso subsidiário e excepcional, lembrando que o ônus estático da prova continua sendo a regra.

Entendia-se que não era necessário estar prevista em lei para que se invertesse o ônus probatório. Bastava o bom senso e o interesse em buscar os fatos tal como ocorreram.

Até o código de processo anterior, de 1973, o magistrado, como regra, deveria atentar-se ao contraditório e não surpreender as partes com a inversão do ônus da prova.

O parágrafo 1º da artigo 373 do código de 2015 impõe uma reflexão sobre esta novidade no capítulo de provas. Fica estabelecido neste dispositivo que o juiz poderá modificar a distribuição do ônus, nos casos previstos neste parágrafo, em decisão fundamentada e dando à parte oportunidade de se desincumbir. Isso impõe que aquele que, a princípio, não tinha que produzir a prova contra o fato alegado pelo outro, deixe de usar a inercia como estratégia, esperando que a insuficiência de material probatório leve a um resultado que lhe seja favorável.¹⁴

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp N° 1.060.753 - SP (2008/0113082-6). Relatora : Ministra Eliana Calmon. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24227686/recurso-especial-resp-1237893-sp-2011-0026590-4-stj/relatorio-e-voto-24227688>. Acesso em: 15 jan. 2016.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p.248.

Identifica-se maior mobilidade do juiz em perseguir os fatos, mas todo cuidado deve ser observado quando se colocar em prática a dinamização, pois o princípio da não surpresa das decisões judiciais continua existindo.

Observa-se, neste ponto, a preocupação com normas que possam ser traduzidas em maior segurança jurídica, pois não há que se falar em segurança jurídica sem que se tenha a garantia da previsibilidade das decisões judiciais.

Mas, tal como acontece no código de defesa do consumidor, a partir da publicação do novo código de processo civil, as partes já saberão que o juiz poderá distribuir o ônus da prova de forma dinâmica para aquele que julgar mais preparado tecnicamente para o encargo, por exemplo.

Espera-se que a carga dinâmica incida, depois de observados os requisitos, sobre questões específicas do processo, e não sobre ele todo, na medida em que a carga estática não funcione para o correto desvendamento dos fatos alegados.

A carga dinâmica da prova, de que trata o presente trabalho, deve ser vista como uma flexibilização da rigidez das normas sobre o cabimento do encargo probatório, e de outras tantas, e a dificuldade de aplicação em determinados momentos processuais¹⁵.

Preocupado com esse entendimento, sobre a flexibilização das normas, o legislador do código de 2015, seguindo, na abordagem de Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos¹⁶, “a tendência de metodologia jurídica, em âmbito mundial, de reconhecer a importância dos princípios como fonte do direito”, tratou de inicia-lo com normas fundamentais que devem reger o processo e já inaugura o Capítulo I com as “Normas Fundamentais do Processo Civil”.

Há razão para o legislador chamar de “Normas” e não de “Princípios”. Norma é um gênero que compreende espécies distintas, em que princípios e regras estão incluídos. Assim, o legislador amplia a presença da Constituição sobre o processo civil, pois que nele encontraremos as regras e os princípios constitucionais devidamente inseridos, de forma direta ou indireta.

As normas que passam a reger o sistema processual contêm alguns princípios retirados na sua literalidade da própria Constituição e outros objetivando exclusivamente o processo.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord) *Provas – Aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 255-268.

¹⁶ FLEXA, NEVES, BASTOS. op. cit., p.39.

São normas elaboradas com o intuito de se alinharem à Constituição, criando um modelo de direito processual constitucional, estabelecendo como o processo civil deve desenvolver-se. Segundo o professor Alexandre Freitas Câmara¹⁷, o princípio do devido processo legal deveria, a partir de agora, ser entendido como “devido processo constitucional”.

Já no artigo 1º nota-se a direção que deverá seguir o processo a partir de então. A Constituição Federal será sempre o norte para onde deverão convergir os atos, os procedimentos e as decisões que justificam a existência do processo.

Todas as partes têm o dever de colaborar no processo, inclusive na colheita de provas. O doutrinador argentino Jorge W. Peyrano assevera sobre a necessária solidariedade e responsabilidade compartilhada no momento da produção da prova¹⁸.

Convergindo para este entendimento, o código de 2015 tem positivado o artigo 6º, que diz: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

É seguro afirmar que entre as normas processuais civis que iniciam o novo código, esta é a que mais se relaciona com o tema do presente trabalho.

O referido artigo aponta sobre o dever de colaboração daqueles que fazem parte do processo, incluindo o juiz, ainda que indiretamente interessados. O princípio da colaboração, inspirado no direito europeu, objetiva melhor prestação da tutela jurisdicional, em que a decisão mais justa é a mais esperada.

Fica claro neste instante a preocupação do legislador em promover a busca pela prestação jurisdicional mais produtiva, atendendo os anseios daqueles que a procuram para a solução de seus conflitos, se mostrando não indiferente à possibilidade de ocorrerem injustiças.

Segundo o professor Haroldo Lourenço¹⁹

Todos esses ditames constitucionais devem ser analisados sob o enfoque da efetividade, senão seriam apenas diretrizes inócuas ou utópicas, assim como tantas outras que existem. Desta forma o direito à prova está inserido no contexto do direito constitucional à efetividade da tutela jurisdicional.

¹⁷ CÂMARA, op. cit., p.18.

¹⁸ PEYRANO *apud* SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica. 2012. 14 f. Artigo. *Revista dos Tribunais on line*, vol. 924, 2012, p. 6.

¹⁹ LOURENÇO, op. cit., p.101.

Esse direcionamento possivelmente tornará demandas judiciais menos litigiosas, em que vencer a qualquer custo não será o único objetivo das partes.

O juiz, sem mitigar o princípio da inércia, deverá tornar-se mais ativo, e nas palavras de Didier²⁰, “um agente-colaborador do processo e não mais um mero aplicador da lei ou fiscal de regras”, e as partes deverão ter sua participação mais efetiva em favor da solução mais adequada.

Diferente do CPC de 1939, publicado durante o Estado Novo e do CPC de 1973, nascido em plena ditadura militar, o CPC de 2015 foi todo pensado e realizado sob a égide da Constituição da República, a Constituição cidadã, com a colaboração de toda sociedade jurídica. Isso o torna mais amplo, no sentido que sua base normativa, o faz mais abrangente para perseguir a tutela adequada ao jurisdicionado. É notória a preocupação em alcançar o resultado mais justo para todos que buscam no estado democrático de direito a resposta para as suas demandas e não mais a arbitrariedade de um sistema fechado e engessado.

O homem evolui e faz evoluir todo o sistema e todas as instituições que cria. A cada dia surgem novas relações que geram novas demandas, trazendo novas indagações e novos desafios. É preciso ter a resposta adequada para cada uma dessas situações.

Por isso, o sistema processual não pode ser um conjunto estático e consolidado de normas escritas, deve estar sempre em transformação. Dessa forma, o novo código atrela o processo civil aos valores constitucionais como condição primeira, já antecipando uma possível defasagem de suas normas objetivas devido ao dinamismo e complexidade das relações humanas, e conseqüentemente jurídicas.

CONCLUSÃO

Mais do que analisar a inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 sobre a dinamização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, a abordagem desta pesquisa consistiu em trazer à reflexão a constitucionalização do sistema de processo civil, tendência de todo ordenamento jurídico não só no Brasil, mas por todo o mundo democrático.

Ficou informado que ainda antes do projeto deste novo código, a doutrina já reclamava por esta flexibilização e a jurisprudência já a aplicava em casos específicos e bastante fundamentados.

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007, v.2. p. 56.

A análise do código de 2015 como um todo, fez concluir que ele reflete a nova cultura que os meios jurídicos querem adotar para tentar uma solução para o excesso de demandas impossíveis de serem apreciadas e de receberem a prestação jurisdicional em tempo razoável e adequadamente.

Clama-se por menos belicosidade e maior cooperação das partes envolvidas direta e indiretamente na relação processual. Até mesmo do magistrado se espera uma atuação mais ativa, sem deixar de observar o princípio da inércia. Entende-se que o juiz não deve mais atuar no papel de boca da lei, apenas.

Se a sociedade reclama por mais justiça, é porque esta não tem atendido seus anseios de forma satisfatória. É dever também do judiciário repensar esta questão.

Ao longo da análise do código, nota-se que o legislador se preocupou com a defasagem que poderia atingir suas normas em relação à evolução das relações jurídicas e tratou de unta-lo com normas, ou seja, regras e princípios, constitucionais, uma vez que estes acompanham melhor a evolução contínua da sociedade e, por isto, o sistema de leis não pode ser engessado com regras pouco flexíveis.

O aplicador do direito deve saber o que fazer diante de cada caso concreto para buscar a melhor solução, com foco na melhor prestação jurisdicional. E o jurisdicionado não pode ser um mero espectador e ser flagrado por elementos surpresa diante de uma decisão que possivelmente mudará sua vida. Ele deve saber o que esperar da tutela que foi buscar no Estado.

Princípios não morrem. Não possuem hierarquia e apontam sempre para a direção da melhor integração entre o fato e suas consequências. Na linguagem popular poderiam ser chamados de bom senso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Carlos Van Cleef de. O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica. 2012. 14 f. Artigo. *Revista dos Tribunais on line*, vol. 924, 2012.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1500, ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10264>>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>.

_____. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp Nº 1.060.753 - SP (2008/0113082-6). Relatora: Ministra Eliana Calmon. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24227686/recurso-especial-resp-1237893-sp-2011-0026590-4-stj/relatorio-e-voto-24227688>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani Dantas. Prova diabólica. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano17, n.3211, abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21525>>. Acesso em: 18 set. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, v.2.

FLEXA, Alexandre; MACEDO Daniel; BASTOS Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Juspodivm, 2015.

LEITE, Sandro Grangeiro. Ônus subjetivo e ônus objetivo da prova. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 199315, dez. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12084>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. 2012. 8 f. Artigo. *Revista de Processo*, v. 204, 2012.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord) *Provas – Aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.

_____. *Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória*. *Revista Jurídica* 328, fev. 2005.

PEYRANO, Jorge, W; CHIAPPINI, Julio O. *apud* SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. O ônus da prova e a teoria da carga dinâmica. 2012. 14 f. Artigo. *Revista dos Tribunais on line*, vol. 924, 2012.

RAVACHE, Alex. O ônus da prova no processo civil moderno. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2955, ago. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19694>>. Acesso em: 19 set. 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. V. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.