

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

EDUARDO FAYET ZANELLA

ASPECTOS ATUAIS E RELEVANTES SOBRE A PROVA CÍVEL:

A Valoração Frente ao Livre Convencimento Motivado do Juiz e ao Dever de
Motivação Da Sentença; e, o Ônus Da Prova a Sua Dinamização em um
Processo Colaborativo.

Porto Alegre
2015

EDUARDO FAYET ZANELLA

ASPECTOS ATUAIS E RELEVANTES SOBRE A PROVA CÍVEL:

A Valoração Frente ao Livre Convencimento Motivado do Juiz e ao Dever de Motivação Da Sentença; e, o Ônus Da Prova a Sua Dinamização em um Processo Colaborativo.

Dissertação apresentada como o requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2015

RESUMO.

O Presente trabalho aborda, inicialmente, todos os conceitos da prova para o processo civil, bem como a sua valoração pelo magistrado. Ao depois, analisa as questões pertinentes ao livre convencimento motivado do juiz, sob a perspectiva da persuasão racional e o dever de motivação da sentença, em diversos ordenamentos jurídicos, e, também as novidades e mudanças do novo Código de Processo Civil. Ao depois, a presente pesquisa estuda o ônus da prova no processo civil, passando pelo conceito e pelos aspectos fundamentais do instituto. Verificando as teorias de distribuição do ônus da prova, com enfoque especial para a teoria da dinamização do ônus da prova. Por fim, aborda a questão da colaboração no processo civil sob a ótica do Novo Código de Processo Civil.

Palavras Chave: Prova, Valoração da prova, Livre convencimento, persuasão racional, dever de motivação, ônus da prova, Dinamização do ônus da prova e colaboração.

ABSTRACT.

This monograph deals with, initially, all the concepts of proof to the civil process, and its valuation by the magistrate. By then analyzes the issues related to free motivated conviction of the judge, from the perspective of rational persuasion and the duty to sentence the motivation, in many jurisdictions, and also news and changes of the New Civil Procedure Code. By then, this research studies the burden of proof in civil proceedings, through the concept and fundamental aspects of the institute. Verifying the distribution of theories of burden of proof, with special focus on the theory of streamlining the burden of proof. Finally, it addresses the issue of collaboration in the civil case from the perspective of the new Civil Procedure Code.

Keywords: proof, Valuation of the proof, free convincing, rational persuasion, the duty of motivation, burden of proof, Streamlining the burden of proof and collaboration.

Sumário

1.	INTRODUÇÃO.....	5
2.	A VALORAÇÃO DA PROVA CÍVEL, O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E O DEVER DO JUIZ E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA.	6
2.1.	CONCEITO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL.....	6
2.2.	A VALORAÇÃO DAS PROVAS.....	9
2.3.	O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A PERSUASÃO RACIONAL.	11
2.4.	O DEVER DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA NO DIREITO COMPARADO	13
2.5.	O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A PERSUASÃO RACIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	15
3.	O ÔNUS DA PROVA E SUAS PERSPECTIVAS ESTÁTICA E DINÂMICA, FRENTE AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL....	18
3.1.	ÔNUS DA PROVA.....	18
3.1.1.	Conceito de Ônus da Prova.....	18
3.1.2.	Os Aspectos Objetivo e Subjetivo do Ônus da Prova.	20
3.2.	TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	22
3.2.1.	Teoria das Normas, Distribuição Estática do Ônus da Prova.....	22
3.2.2.	A Teoria da Dinamização do Ônus da Prova.	24
3.3.	ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	30
3.4.	O ÔNUS DA PROVA E O DEVER DE COLABORAÇÃO.....	32
4.	CONCLUSÃO.....	37
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho versará sobre a prova no processo civil, bem como sobre todas as suas questões fundamentais, tendo por finalidade a compreensão correta e completa do instituto. Tendo por escopo responder quais as principais características, como funciona e quais os efeitos da Prova para o desenvolvimento do processo, em face ao estreito campo permitido em sede de trabalho de conclusão de curso de Especialização em Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Com as inovações e mudanças, trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, é imprescindível que se examinem as novas questões referentes à prova, bem como o comportamento e os deveres dos magistrados, para que se possa compreender a melhor forma de produção da prova e desenvolvimento do processo com base no diálogo e na colaboração entre as pessoas do processo. Ademais, para todos os processos a prova é – e sempre será – determinante para o descobrimento da verdade e busca da justiça, desta forma, a escolha do tema, para o presente trabalho, deve-se fundamentalmente ao fato da prova ser o principal meio de esclarecimento dos fatos.

Ademais, o desejo de aprofundar o estudo da prova e os seus efeitos no convencimento judicial e no esclarecimento dos fatos se deu, também, em decorrência das brilhantes aulas ministradas sobre a matéria ao longo deste curso de especialização – aliando a teoria à prática, cotidiana, da advocacia.

Para tanto, o presente trabalho foi desenvolvido em dois capítulos, iniciando pela leitura da prova e a sua valoração e os deveres de motivação, passando por conceitos e objetos de cognição. Ao depois, analisou-se o dever de provar, bem como os casos em que a parte não é capaz de produzir a prova e a eventual possibilidade de dinamização, sob a perspectiva de um processo civil colaborativo entre as pessoas do processo. O que permitiu, ao final, a compreensão conjunta dos referidos institutos.

2. A VALORAÇÃO DA PROVA CÍVEL, O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E O DEVER DO JUIZ E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA.

2.1. CONCEITO DE PROVA NO PROCESSO CIVIL.

Para dar início ao presente estudo é fundamental que se construa a definição e o conceito amplo de prova¹, como bem define Moacyr Amaral Santos: *“Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa.”*² Portanto, para ele, a prova tem como principal objetivo a formação do convencimento prático do sujeito para quem ela é dirigida, podendo inclusive ser o próprio agente.³ No mesmo sentido, conceitua Vicente Greco Filho: *“A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.”*⁴ Portanto, a prova busca alçar ao conhecimento de alguém a verdade ou a certeza sobre determinado fato.

Por outro lado, a prova judiciária, tem suas próprias características, voltando-se para os *“fatos da causa”* e sua existência, buscando fundamental e diretamente o convencimento do juiz – ou seja, pretende objetivamente levar até o magistrado a verdade do processo e subjetivamente formar o seu convencimento sobre os fatos da causa – e, também, indiretamente das próprias partes.⁵ Sempre respeitados os meios adequados para a sua produção dentro do processo judicial.

Marinoni e Arenhart em seu trabalho sobre a prova apresentam a ideia de prova como um conjunto de elementos habilitados para demonstrar a verdade de uma alegação, ou seja, o meio adequado para assegurar a maior presunção de veracidade possível para determinada versão, na busca de

¹ Apenas em caráter de curiosidade, a palavra “prova” tem origem no latim “probatio” com o significado de verificação, exame, inspeção, argumento, prova, razão, ou também como um procedimento capaz de conferir e afirmar um saber.

² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**: (Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 329

³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**: (Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 329-331

⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 167.

⁵ Nesse sentido explica Vicente Greco Filho: *“A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca certeza absoluta, a qual aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.”*

determinado objetivo jurídico.⁶ Ainda, estes doutrinadores vinculam a ideia de prova para o direito sempre com relação direta a eventos ocorridos no passado, de modo que, as provas sempre referem-se a eventos anteriores, almejando a sua reconstrução com certeza e coerência.⁷

De outra ponta, Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero trabalham com a ideia que a “(...) *prova constitui atividade que visa à verificação da verdade das afirmações formuladas pelas partes relativas, em geral, a fatos e, excepcionalmente, a normas jurídicas (...)*”⁸. Consequentemente, as provas estão sempre voltadas para a formação do convencimento do juiz de modo demonstrativo⁹ ou argumentativo¹⁰ para que determinada versão como verdadeira ou, ao menos, mais provável, valendo-se o magistrado de sua razão para a apreciação e valoração das provas.¹¹

Outra abordagem sobre as distinções faz José Frederico Marques:

“(...) Para as partes, provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência de fatos relevantes no processo. Para o juiz a atividade probatória tem por fim chegar ao conhecimento da verdade a respeito daqueles fatos. (...)”¹²

Cassio Scarpinella Bueno, em sua obra sintetiza a definição de prova da seguinte forma:

““Prova” é palavra que deve ser compreendida para os fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.”¹³

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

⁸ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52-53.

⁹ As provas demonstrativas buscam diretamente fatos da lide relevantes e indispensáveis para a decisão e para o convencimento do juiz.

¹⁰ As provas argumentativas, não referem-se diretamente aos fatos concretos da lide, entretanto buscam o convencimento e a persuasão do julgador para determinada versão.

¹¹ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p.54.

¹² MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 359 – 360.

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 233.

Por sua vez, o Código de Processo Civil conceitua a prova em seu Art. 332, como: *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”*

Para Taruffo o conceito de prova está diretamente relacionado com a questão da verdade processual:

“(…) A prova é obtida somente quando uma inferência extraída dos elementos de prova suporta a verdade de um enunciado acerca de um fato em litígio. Em certo sentido, a prova do fato e a verdade de um enunciado acerca desse fato são sinônimos. Pode-se afirmar que um fato é verdadeiro somente quando provado com base nos elementos de prova, e se prova unicamente quando sua verdade nesses se funda.”¹⁴

Sendo assim, consiste a prova em parte fundamental para o desenvolvimento do processo, sendo o meio adequado para a persuasão do julgador (para quem é dirigida), buscando meios capazes de influenciar e/ou justificar a decisão pela escolha de uma ou outra versão. Portanto, cabe ao magistrado o exame e a valoração das provas apresentadas pelas partes, sendo livre a sua apreciação e valoração, como passaremos a analisar no ponto seguinte deste trabalho; e cabe as partes produzirem provas capazes de embasar a sua versão dos fatos.

Apenas em caráter complementar, merece referência a alteração trazida pelo Novo Código de Processo Civil ao Art. 332, que foi substituído e complementado pelo Art. 369, com a seguinte redação:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Deste modo, o Novo Código deixa claro que a parte pode empregar todos os meios de prova que entender como corretos e adequados para a instrução do feito e comprovação de sua versão nos autos.

¹⁴ TARUFFO, Michele. A Prova; tradução João Gabriel Couto. – 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 34.

2.2. A VALORAÇÃO DAS PROVAS.

Proposta a demanda, apresentados os fatos, produzidas as provas (determinadas pelo juiz ou requeridas pelas partes) caberá ao magistrado decidir sobre todas as questões postas em confronto para a sua apreciação. De modo que, decidirá sobre a verdade ou falsidade das provas e dos fatos alegados pelas partes e, também, conforme reiteram Oliveira e Mitidiero: *“O juízo do fato não se limita à decisão final da causa, pois pode envolver apreciação dos pressupostos processuais ou das condições da ação, ou ainda outras questões incidentes de caráter processual ou material.”*¹⁵

A produção da prova é apenas o primeiro passo do *“ciclo probatório”* limitada apenas à fase instrutória do feito. Encerrado este momento, passa-se para a fase da valoração e apreciação das provas. Está, por sua vez, conforme Mitidiero e Oliveira, ocorre essencialmente por meio de quatro principais sistemas: (a) A prova legal ou doutrinaria; (b) prova legal regulada pela lei ou *“codificada”*; (c) intima valoração; (d) persuasão racional ou livre valoração motivada.¹⁶

(a) Primeiramente, o sistema da prova legal ou doutrinaria é aquele que leciona que todas as provas do processo determinam-se por órgãos diversos da magistratura. Para este sistema a liberdade judicial, é mínima ou nenhuma.¹⁷ Tal modelo, refere-se aos conhecidos julgamentos *“místicos”* ou *“ao olhar de deus”*, o juiz apenas controlava a execução do procedimento (praticamente sem poder de decisão), importante destacar, que neste sistema a convicção judicial é irrelevante, pois a crença seria que a *“divindade”* decidiria sobre a justiça ou injustiça, condenando ou absolvendo o réu.

(b) Diferentemente do modelo anterior, o sistema da prova legal regulada pela lei ou *“codificada”* determina que todas as provas são produzidas de acordo com as determinações legais. A valoração por sua vez, também é condicionada ao constante na lei, independente de racionalidade, sendo o juiz

¹⁵ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

¹⁶ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78-79.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

um mero “repetidor da Lei”.¹⁸ Este sistema é falho, pois o legislador pode determinar a forma correta para a atuação do magistrado e o procedimento que deve ser tomado, agora, jamais poderá o legislador determinar como o juiz deve pensar e interpretar a Lei.

(c) A íntima valoração vem muito bem apresentada pelo direito romano, permite ao juiz decidir de forma íntima e livre, independentemente de qualquer motivação ou justificação sobre as provas. Neste sistema a verdade jurídica é produzida pela consciência do magistrado. Assim, condena ou absolve por sua convicção e conhecimento pessoal, de maneira que, acaba “(...) *contribuindo assim para o arbítrio e o subjetivismo, visto que não assegura nenhuma racionalidade na valoração da prova.*”¹⁹ Este sistema persiste apenas, em nosso ordenamento, para os casos do tribunal do júri, onde ainda ocorre um julgamento de acordo com a consciência.

(d) O sistema da persuasão racional surgiu com os códigos napoleônicos com reação ao método romano da livre convicção, pois o juiz, além de apreciar as provas, deve extrair delas a sua convicção, ou seja, tem o dever elementar de valorar e ponderar sobre a qualidade das mesmas, decidindo o feito de forma lógica e racional. Portanto, a convicção sobre os fatos formar-se-á da análise de três essenciais fatores: os fatos e fundamentos da relação jurídica; às provas destes fatos produzidas no processo; e às regras de experiência, costumes, devendo sempre apresentar motivação.²⁰

O sistema adotado pelo Código de Processo Civil para a valoração e apreciação das provas é o do livre convencimento motivado e/ou o da persuasão racional, adiante examinado.

¹⁸ FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292-293.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: (Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil)**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 384.

2.3. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A PERSUASÃO RACIONAL.

Como referido anteriormente, o Código de processo Civil Brasileiro, consagra o princípio do “livre convencimento motivado do juiz” ou o “sistema da persuasão racional” em seu Art. 131, cuja redação segue:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Portanto, no modelo apresentado pelo Código de Processo Civil, o livre convencimento do juiz frente às provas, encontra limites nas barreiras estabelecidas pelo próprio Art. 131, quais sejam, o dever de motivação²¹ e justificação da sua decisão e também implicitamente a razão, transmitida na ideia de valoração racional da prova, pois sua decisão deve estar em conformidade com a prova dos autos.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos leciona que: “(...) *terá o juiz que motivar a sua convicção. Terá, pois, de dizer quais os fatos e circunstâncias e quais as provas que influíram na formação do seu convencimento.*”²² conforme o disposto no referido Art. 131 do Código de Processo Civil.

O princípio do livre convencimento motivado permite que o magistrado interprete os fatos e as provas livremente, sem critérios rígidos, no entanto, não se pode interpretar esta liberdade como a possibilidade de decidir com base na sua intuição. Os freios encontram-se justamente no dever de motivar, justificar e fundamentar a decisão, como dispõem o Art. 131 e também na cominação entre o art. 165 e do 458, todos do CPC. O dever de motivação é, inclusive, norma constitucional, prevista no Art. 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988.

A fundamentação proporciona, conseqüentemente, um freio para a maior liberdade do magistrado e garante às partes uma valoração sobre todas as

²¹ Nesse sentido: “(...) *embora o juiz seja em princípio livre na valoração da prova, deve motivar adequadamente a decisão de fato.*” (MITIDIERO p. 79)

²² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**: (Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 386.

provas apresentadas no processo, evitando qualquer tipo de arbítrio judicial, portanto, o juiz não apenas justifica a sua decisão como também a legitima.²³

Marinoni e Arenhart destacam a importância de compreender a motivação da sentença, pois não pode apenas o magistrado justificar-se nas razões do vencedor deixando subentendido a sua apreciação dos argumentos da parte vencida. Por esta razão, deve o juiz “(...) *justificar as suas próprias razões, demonstrando o motivo pelo qual prefere uma prova em relação a outra, (...)*”²⁴. Portanto, conclui-se que são direitos das partes produzir a prova e submeter a mesma para a valoração e apreciação pelo juiz, seja qual venha a ser sua decisão.

Complementam este pensamento as lições de Oliveira e Mitidiero que “(..) *o dever de motivação, o respeito as formalidades estabelecidas em lei, para a realização da prova, a publicidade do procedimento, o contraditório prévio e a possibilidade de recursos em geral, elementos que limitam o caráter subjetivo da decisão.*”²⁵ Portanto, todos estes são meios de freios e contrapesos às decisões judiciais, buscando garantir a igualdade entre as partes, buscando evitar qualquer tipo de arbitramento subjetivo na decisão judicial.

Ainda, neste modelo da valoração racional da prova, o código permite ao magistrado a aplicação de máximas de experiência comum ou técnicas na formação de seu convencimento, entendimento consagrado pelo Art. 335 do Código de Processo Civil. Todavia, é defeso ao juiz valer-se de qualquer forma de seu convencimento privado para a tomada de decisão, visto que, este entendimento eliminaria a imparcialidade do magistrado.²⁶ Ademais, a aplicação destas regras, não depende de provocação, pode ser feita de ofício pelo juiz desde que submetidas ao contraditório.

²³ FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 289.

²⁵ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

²⁶ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 81 ;

Cassio Scarpinella Bueno, em sua obra, define sinteticamente os sistemas “do livre convencimento motivado do juiz” ou “da persuasão racional” como: “(...) *aquele em que o juiz, observados os limites do sistema jurídico, pode dar a sua própria valoração à prova, sendo dever seu o de fundamentar, isto é, justificar a formação de sua convicção. (...)*”²⁷

Ainda, sobre o tema, Ricardo Aronne igualmente defende o pensamento que “*O juiz possui pleno poder para avaliar a prova, buscando nela as bases e o fundamento de sua decisão, porém, com apoio na lei e, é claro, na praxe e na doutrina e jurisprudência.*”²⁸

Desta forma, o pensamento do magistrado deve sempre estar racionalmente voltado para dentro das provas produzidas e trazidas ao processo e livremente formar sua convicção a respeito da “verdade”, condicionado ao objeto da ação, valorando as provas qualitativamente e não quantitativamente. Assim, a sentença deve conter sempre sua motivação, a forma e os meios que utilizou o magistrado para interpretar a Lei, os fatos e as provas trazidos aos autos, valendo-se da lógica, de forma clara, concisa, coesa, sanando dúvidas sobre todos os pontos controvertidos da demanda, proclamando o seu resultado prático.

Consagrado, dessa feita, o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, pelo fato de ser livre o juiz para a apreciação das provas, todavia, limitado por critérios de motivação e racionalidade para a tomada de decisão. Isto, pois, o processo busca a “verdade”, com a finalidade de aplicar a melhor e mais justa solução para o caso concreto, visando aproximar-se ao máximo da realidade dos fatos.

2.4. O DEVER DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA NO DIREITO COMPARADO.

Confirmam Oliveira e Mitidiero que o Sistema da persuasão racional, é o preponderante na maior parte dos ordenamentos, de modo que embora o juiz

²⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 238.

²⁸ ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 34.

seja livre para a apreciação da prova, deve motivar adequadamente a sua decisão sobre o fato.²⁹ Assim, passamos a análise comparada de alguns dos outros ordenamentos que adotam tal posicionamento e como este mecanismo encontra aplicação prática.

No processo civil italiano, muito influente em nosso ordenamento, é dever do magistrado, depois de relatar os fatos e decidir o mérito da causa, discorrer sobre os motivos que o levaram até aquela decisão.³⁰ Ademais, a obrigatoriedade da motivação da decisão apresenta-se no parágrafo 1º do Art. 111 da carta magna italiana que dispõem o seguinte: *“Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivate”*. Portanto, no ordenamento jurídico italiano existe o dever fundamental de motivação das decisões, além de tratar-se de uma garantia constitucional.³¹ Somente a motivação possibilita que a sentença seja realmente de fato uma sentença.³²

Na Alemanha, existe legislação específica que determina que dentro do conteúdo da sentença devem estar incluídos os seus motivos e fundamentos, justificando a tomada da decisão. Neste aspecto, a única diferença existente com o nosso ordenamento jurídico é na questão da estrutura, pois no ordenamento alemão a motivação vem ao final da sentença após a decisão e o relatório, caso a sentença seja proferida sem motivação será nula e sem eficácia. Assim, na prática, o funcionamento é o mesmo. Ressaltando-se que no direito alemão a motivação é um princípio, basilar do Estado de Direito, embora não explícito no texto constitucional.

No direito argentino, o dever de motivação da sentença é princípio de plena vigência, e sua inobservância acarreta nulidade do julgamento. Ademais,

²⁹ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

³⁰ ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996. p. 54

³¹ Alçada a nível de princípios como o da independência, da sujeição do juiz à lei e garantia de defesa.

³² Apenas a título de curiosidade: “(...) no processo civil italiano o Recurso de Cassação, sempre que a sentença apresente motivação omissa, insuficiente ou contraditória, no que tange a “quaestio” de relevante controvérsia, a ser enfrentada na respectiva sentença.” (Arone p. 55)

consta expreso na legislação processual nos seguintes artigos 34, inciso 4^{o33}, 161³⁴ e 163³⁵.

Nos EUA e na Inglaterra, onde prepondera o sistema da “Common Law”, embora não exista uma norma que imponha ao magistrado a motivação na sentença para a tomada de uma ou outra decisão, existe o costume dos magistrados expõem as “reasons” (motivação) de seu julgamento, ou seja, se deixarem de fazer não estariam descumprindo nenhum requisito da sentença. Embora sejam raras as decisões tomadas sem motivação, é uma falha no ordenamento processual um pressuposto indispensável não ser requisito para a validade.

2.5. O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E A PERSUASÃO RACIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Tendo em vista a aprovação do Novo Código de Processo Civil – e, este trouxe algumas alterações na questão da valoração e apreciação da prova e para a formação do convencimento do juiz – merecem análise os seguintes pontos em especial. O primeiro, trata-se do *caput* do Art. 11 do projeto de Lei nº 166 do Senado Federal, que determina que: *“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”* Tal modificação, incluirá no Código de Processo Civil

³³ Art. 34. - Deberes. Son deberes de los jueces: (...) 4. Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.

³⁴ Art. 161. - Las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso. Además de los requisitos enunciados en el artículo anterior, deberán contener: 1) Los fundamentos. 2) La decisión expresa, positiva y precisa de las cuestiones planteadas. 3) El pronunciamiento sobre costas.

³⁵ Art. 163. - La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: 1) La mención del lugar y fecha. 2) El nombre y apellido de las partes. 3) La relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio. 4) La consideración, por separado, de las cuestiones a que se refiere el inciso anterior. 5) Los fundamentos y la aplicación de la Ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica. La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones. 6) La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos. 7) El plazo que se otorgase para su cumplimiento, si fuere susceptible de ejecución. 8) El pronunciamiento sobre costas y la regulación de honorarios y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34, inciso 6. 9) La firma del juez

normas dispostas nos Artigos 5º, inciso LX e 93, IX, ambos da Constituição Federal, reiterando a obrigatoriedade da fundamentação das decisões.

O Segundo ponto, trata-se da modificação do Art. 131 do Código de Processo Civil pelo art. 371 do Novo Código de Processo Civil, modificando o entendimento de que “o juiz é livre para a apreciação da prova”, estipulando o seguinte: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”. Todavia, como bem colocado pelos professores Marinoni e Mitidiero, o novo Código de Processo Civil infelizmente não aprofunda como poderia a questão do convencimento judicial.³⁶ De modo que, para uma melhora significativa neste ponto dever-se-ia esmiuçar especialmente a questão da influência do direito material na formação do convencimento do juiz. Assim, resta o entendimento de que a proposta apresentada pelos referidos professores era mais completa e mais dinâmica do que o texto aprovado, e certamente asseguraria mais força ao instituto.

Com esta modificação, o novo CPC rompe barreiras com o fato de o juiz ser livre para a apreciação da prova e formação de seu convencimento. Tema este, muito debatido pelo Dr. Lenio Streck, que defende que com a alteração “O *NCPC abre as portas para que se adote, finalmente, uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática.*”³⁷ Ademais, segundo ele, a nova redação evitará decisões arbitrárias e cerceamentos de defesa do interesse das partes, uma vez que, todas as decisões deverão ser fundamentadas, não mais podendo constar sentenças como a seguinte:

(...) As provas trazidas para os autos demonstram que a presente ação deve ser julgada parcialmente procedente. Inicialmente devo registrar a desnecessidade de serem produzidas outras provas (pericial e testemunhal), pois como destinatário das mesmas já formei o meu convencimento acerca da matéria, ao analisar o alegado pelas partes, em cotejo com a documentação carreada aos autos. (...) (Processo 0010438-13.2013.8.26.0590 – TJSP)

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Crítica e proposta**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 99-101.

³⁷ STRECK, Lenio. **Dilema de dois juizes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>> . Acesso em 20 de março de 2015.

Portanto, como visto no ponto anterior, a questão da obrigatoriedade de fundamentação das decisões é um grande avanço para o processo democrático, e mais do que isso, é uma conquista das partes, pois a prova não é destinada apenas ao magistrado, e sim à todo o sistema processual, devendo haver sempre a igualdade e colaboração entre elas para que se alcance a verdade e a justiça, conforme a Lei.

Ainda sobre o tema, merece também destaque o Parágrafo Único do Art. 370 do Novo Código de Processo Civil, que determina que sempre que o juiz optar por indeferir a produção de determinada prova a mesma deve ser fundamentada devidamente.

3. O ÔNUS DA PROVA E SUAS PERSPECTIVAS ESTÁTICA E DINÂMICA, FRENTE AO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

3.1. ÔNUS DA PROVA.

3.1.1. Conceito de Ônus da Prova.

Superados os conceitos e pressupostos básicos e fundamentais sobre a prova, como visto no capítulo anterior, é fundamental que se passe ao estudo do ônus da prova e antes disso, é imperiosa a compreensão do significado da palavra “ônus”, se não vejamos, inicialmente ônus era considerado como simplesmente um tipo de obrigação. Como se vê, no dicionário, a palavra “ônus” encontra as seguintes definições: “1. Aquilo que sobrecarrega; carga, peso. 2. Fig. Encargo, obrigação; dever gravame. 3. Encargo ou obrigação pesada, de cumprimento difícil ou desagradável (...).”³⁸ Portanto, a ideia de “ônus” está interligada à incumbência de cumprir uma obrigação ou encargo.

No mundo jurídico, com os estudos de Carnelutti, o conceito de ônus passou a ser interpretado de maneira semelhante a uma situação passiva autônoma, afastada do dever de sujeição. Entretanto, posteriormente, esta versão foi duramente atacada por juristas que entendem a situação do “ônus” como um poder ativo da parte.³⁹

É possível concluir que o ônus trata-se de um interesse próprio, destacando-se ainda que o seu não cumprimento não é capaz de configurar nenhum tipo de nulidade; podendo, portanto, ser apenas benéfico para a parte que o cumpre. Sendo assim, como explicam Marinoni e Arenhart com as ideias de Carnelutti como “a pedra de toque para distinguir ônus de obrigação consiste em verificar se a violação do preceito pode ou não ser definida como ato ilícito”⁴⁰. Desta forma, o ônus sempre coloca quem esta sujeito a ele em uma posição jurídica ativa dentro da relação processual, mesmo que de forma

³⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1983. p. 999.

³⁹ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e Sua Dinamização**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 98.

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco Teoria Geral del derecho cit., p. 222, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 177.

subjetiva, pois o seu não cumprimento não necessariamente acarretará prejuízos para a parte que não se desincumbir.

Conclui-se que o conceito de ônus pode sinteticamente ser definido como um tipo de poder da parte, ou seja, uma possibilidade de agir na busca de interesses próprios, observando-se a norma pré-determinada, evitando que possam existir prejuízos para a própria parte.⁴¹ Sinteticamente definido também como um comportamento exigido da parte para a obtenção de um efeito favorável, lembrando novamente que o seu não cumprimento não necessariamente acarretará prejuízos para a parte, destacam-se as eventualidades do julgamento ser feito com base em provas produzidas de ofício ou ainda pela parte adversa. Portanto, a parte que não cumpre com o seu ônus assume o risco de obtenção de um resultado adverso e desfavorável no processo, dessa forma, não há certeza, mas sim o agravamento do risco.⁴²

Desta feita, Rosemberg, em sua obra, define a repartição dos ônus probatórios como: “a espinha dorsal do processo civil”⁴³, considerando a sua vasta utilização para que o procedimento atinja o seu objetivo e suas finalidades.⁴⁴

“Ressalta-se que o ônus da prova é um ônus imperfeito, eis que mesmo tendo o sujeito cumprido a carga legal poderá não receber o efeito esperado, quando o fato jurídico não autorizar o pedido, ou, pode ocorrer a produção de contraprova pela parte adversa, gerando, apesar da iniciativa da parte incumbida do ônus da prova, um resultado a ela desfavorável. Ao contrário, ainda que a parte onerada não cumpra com o seu encargo pode vir a ter o julgador convencido a seu favor, seja por prova produzida pela parte adversa – decorrência do princípio da aquisição das provas –, pelo próprio juiz, ou mesmo quando não houver prova.”⁴⁵

Assim, superado o conceito de ônus da prova, é imperioso que sejam compreendidos os seus aspectos objetivo e subjetivo, ou seja, o desdobramento do instituto no curso do processo, bem como, o comportamento do julgador.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 p. 178.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 p. 179.

⁴³ ROSEMBERG, Leo. **La Carga de La Prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires:Ejea, 1956. p.55.

⁴⁴ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 45.

⁴⁵ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e Sua Dinamização**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 102-103.

3.1.2. Os Aspectos Objetivo e Subjetivo do Ônus da Prova.

Superado o conceito de ônus da prova, veremos que ele possui duas principais funções, uma subjetiva e outra objetiva, ambas com características e particularidades próprias. Como sintetiza o Professor Arthur Carpes:

Vale dizer: a distribuição do ônus da prova exerce *dupla função*: a um, desempenha importante e significativo papel no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (*função subjetiva*); a dois, funciona como regra de julgamento, a ensejar, no caso de insuficiência de provas aptas a formar o convencimento judicial, sentença contrária aos interesses da parte que não se desincumbiu de seu encargo (*função objetiva*), na medida em que é vedado ao juiz pronunciar-se pelo *non liquet*.⁴⁶

Primeiramente o ônus da prova subjetivo consiste em um encargo ou dever da parte. Neste sentido, Barbosa Moreira explica que, no intuito de obtenção da vitória na demanda, antes de mais nada, devem os litigantes sopesar os meios de prova que poderão ser utilizados para a persuasão do julgador e trabalhar para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa.⁴⁷ Neste sentido complementa Pacífico:

“O *ônus subjetivo da prova* identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor. Caso não logrem provar suficientemente os pressupostos fáticos dos efeitos jurídicos por elas pretendidos, as partes correrão o risco de sucumbir.”⁴⁸

Portanto, analisando subjetivamente como será o comportamento do magistrado, as partes devem trabalhar na busca da persuasão racional do magistrado, cumprindo com seus ônus probatórios. Neste sentido, explica o professor Mitidiero:

Em sua dimensão subjetiva, regra de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando levar ao processo todos os elementos de prova necessários para a justa resolução do caso concreto. O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nesta perspectiva está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis que aí a sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as convergências do caso,

⁴⁶ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 52.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento E Ônus Da Prova**: Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p.74

⁴⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.150.

teria melhor condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC.⁴⁹

Ao depois, veremos que paralelamente à perspectiva subjetiva do ônus da prova encontra-se o seu aspecto objetivo que por sua vez está “*visceralmente ligado à própria atividade jurisdicional*”⁵⁰, visto que, o juiz tem o dever de julgar – sendo vedado o pronunciamento *non liquet* – mesmo que não esteja convencido sobre a realidade fática da demanda.⁵¹ Ao passo que, nestes casos, o ônus da prova opera como uma regra de julgamento, servindo para decidir a questão duvidosa.

Deste modo, com base nas regras do ônus probatório de cada parte, o magistrado formará o seu convencimento afirmativo ou negativo sobre a pretensão levada à juízo. Portanto, utilizar-se-á o ônus da prova objetivo como regra de julgamento para a resolução das questões sobre as quais restarem dúvidas.⁵²

Portanto, no exame do ônus da prova objetivo, veremos que este consiste em uma regra de julgamento utilizada para as situações em que as provas não forem suficientes para que se conclua com certeza quem tem razão e quem não tem, ou seja, casos nos quais com base no estudo da prova o magistrado não é capaz de decidir com certeza ou ainda com quase certeza.

Barbosa Moreira define o conceito de ônus objetivo como uma regra de julgamento, porquanto, cabe a cada uma das partes assumir determinados riscos para o caso de má produção ou não produção da prova que lhe cabia, arcando com as possíveis consequências desfavoráveis de não haver provado o fato que lhe cabia.⁵³

Portanto, o ônus da prova objetivo opera diretamente como uma regra de julgamento, em decorrência do dever de decidir por parte do magistrado e do

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

⁵⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 151.

⁵¹ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e Sua Dinamização**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 105.

⁵² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.155

⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova**. Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988. p.75.

possível surgimento de dúvidas e pontos não esclarecidos. Assim, o ônus da prova na sua função objetiva pode acarretar um julgamento desfavorável à parte que deixou de cumpri-lo, podendo definir o resultado do processo positiva ou negativamente. Todavia, cumpre mencionar que em decorrência da busca da justiça material, ou seja, de afastar-se o subjetivismo e alcançar a “verdade” a função subjetiva do ônus da prova é tão ou mais relevante que a função objetiva.⁵⁴

Portanto, a distribuição do ônus da prova é um fator determinante, tanto para o desenvolvimento do processo, quanto para o comportamento das partes na busca de provar as suas alegações e do alcance de uma solução justa, por tais razões é imperioso que se analise a regra geral, suas exceções legais e ainda os casos de dinamização.

3.2. TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.

3.2.1. Teoria das Normas, Distribuição Estática do Ônus da Prova.

Inicialmente, a Teoria da Distribuição estática do ônus da prova consiste na divisão fixa do ônus de provar, ou seja, sua distribuição já é praticamente preestabelecida pela própria norma. Passando por critérios de divisão do ônus probatório em decorrência da alegação (ônus compete a quem alega), o de dever de prova do autor, o da normalidade (apenas os fatos extraordinários dependem de prova), além de outros.

Este sistema é adotado pelo atual Código de Processo Civil que divide o ônus da prova, em seu art. 333, da seguinte forma:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

⁵⁴ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 55.

Inicialmente, o inciso I, do referido artigo, estabelece que compete ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, todavia apresenta-se de forma subliminar o fato de que este não é obrigado a demonstrar fatos que provem a inexistência de seu direito, fatos que impossibilitem a sua constituição ou até mesmo estabeleçam a sua extinção ou modificação.⁵⁵ Isto pois, não é razoável que quem postula a satisfação de um direito afaste a sua possibilidade de aplicação

Ao depois, como se vê no inciso II, do artigo supracitado, é dever do réu provar e apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pretendido pelo autor.

Resta claro que a prova não cabe necessariamente a quem alega, mas sim ao que se alega. Ademais, cumpre referir que o ônus da prova não busca a vinculação da prova ao resultado pretendido, mas sim atua no convencimento do juiz para que aumentem as chances de resultados favoráveis no processo.⁵⁶

Portanto, superados os pressupostos iniciais da forma *fixa* (regra geral) de distribuição dos ônus probatórios, explicam Mitidiero e Oliveira que: “(...) *mostra-se indispensável verificar o suporte fático da norma que regula o caso posto em julgamento e que serve de fundamento jurídico pelo autor ou pelo réu.*”⁵⁷

Ainda, não se pode confundir com a inversão do ônus da prova os casos em que a própria lei atribui o ônus da prova de forma diversa à regra geral do art. 333 do CPC. De modo que, quando não é aplicada a regra geral, ocorre uma modificação do ônus probatório. Para muitos autores esta teoria não deveria se chamar de inversão e sim distribuição imprópria⁵⁸ ou atípica, uma vez que, não ocorre uma inversão propriamente dita, como veremos no decorrer do presente trabalho.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 169.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.179.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85.

⁵⁸ MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

A teoria adotada pelo CPC, no referido art. 333, e nas demais leis específicas (CDC) embora resolvam grande parte dos casos, nem sempre serão a melhor solução para a distribuição dos ônus probatórios, pois em outros casos específicos são falhas ou insuficientes. Isto porque, as regras estáticas não conseguem vislumbrar e abranger valores como a cooperação, a igualdade e a efetividade, assim, muitas vezes, falhando na busca pelo resultado mais justo para o caso concreto, afastando os referidos valores.⁵⁹ Em decorrência disso surgiram as teorias dinâmicas, na busca da flexibilização dos casos em que a regra estática for incapaz de resolver.

3.2.2. A Teoria da Dinamização do Ônus da Prova.

Inicialmente, a Teoria da *inversão* do ônus da prova, casos em que não se aplica a regra geral do art. 333 do CPC, é uma exceção à regra geral podendo ser legal (*ope legis*) ou judicial (*ope judicis*).

A inversão legal, como referido, não se trata necessária e tecnicamente de uma inversão, pois é aquela prevista em Lei que diverge da regra geral, previamente conhecida pelas partes, todavia mantendo-se de maneira estática. O melhor e mais conhecido exemplo para estes casos é o previsto no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor. Destaca-se que para o caso de publicidade à que se refere o artigo a inversão do ônus é obrigatória.

Por outro lado, a *inversão judicial*⁶⁰ é aquela determinada pelo magistrado, para facilitar o acesso à justiça, dependendo exclusivamente do caso concreto, como exemplo novamente aparece o CDC, mas desta vez em seu art. 6º, inciso VIII, que prevê a possibilidade da inversão do ônus da prova a critério do juiz. Ressalta-se que o magistrado deve estar munido de convicção

⁵⁹ MORÉS, Rachele. **A Dinamização do Ônus da Prova**. 2010. p. 23.

⁶⁰ Neste ponto, merece destaque o ponto “6. O equívoco da expressão *inversão* do ônus da prova”, do capítulo III ,do livro “Ônus Dinâmico da Prova” do Professor Arthur Carpes, do qual se extrai o seguinte trecho: “(...) O termo “*inversão*” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto. A proposta em torno da dinamização leva em conta seus respectivos limites, que nada mais são senão os próprios fundamentos pelos quais se permite a alteração no arquétipo legal e estático do art. 333 do CPC, seja quando tal alteração é sufragada pela lei, seja quando esta é realizada pelo juiz. (...)” p. 116-117.

de veracidade e verossimilhança das alegações e da real hipossuficiência para determinar a inversão do ônus da prova.⁶¹

E finalmente, o ultimo caso se inversão do ônus da prova ocorre quando pactuado pelas próprias partes, desde que não violado direito o disposto no parágrafo único do art. 333 (retro), portanto, é livre a convenção desde que não recaia sobre direito indisponível nem a onere e dificulte excessivamente a aferição de um direito.

Superados tais pressupostos, passamos objetivamente à análise da teoria da dinamização do ônus da prova, que vem ganhando cada vez mais espaço entre os juristas brasileiros, inclusive com previsão no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, esta teoria preocupa-se com a flexibilização da regra geral de distribuição dos ônus probatórios, ou seja, pretende flexibilizar a distribuição para que se examinem as particularidades específicas de cada caso, para a melhor distribuição dos ônus probatórios entre as partes.

Portanto, a ideia da dinamização dos ônus probatórios encontra sua origem no dever de colaboração entre as partes com o Poder Judiciário na busca pela verdade e da decisão justa para a demanda. Cumpre referir o sentido da dinamização, como bem explica em sua obra o Professor Arthur Carpes:

“(...) não se pode dinamizar o ônus da prova para simplesmente transferir o encargo diabólico para a outra parte. Assim, a dinamização significa a flexibilização do esquema estático para permitir a transferência do ônus da prova relativamente apenas a alguma ou algumas circunstâncias de fato que, por razões de índole técnica ou sua respectiva natureza, enseja a vedação do direito fundamental à igualdade substancial das partes e do direito fundamental à prova.⁶²

Como se vê, a teoria da dinamização do ônus da prova atenta-se para a realidade concreta de cada litígio e as condições em que se encontram cada um dos seus litigantes, observando a dificuldade ou impossibilidade da produção de determinada prova, de modo que, a partir deste exame minucioso

⁶¹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P.185/186.

⁶² CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 117.

do caso concreto, o magistrado pode modificar o ônus probatório, atribuindo a produção da prova à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Portanto, a ideia central da teoria da dinamização do ônus da prova consiste no fato de que nos casos em que a regra geral (estática) dificultar ou impossibilitar a produção da prova por uma das partes, por motivos alheios a sua vontade, o ônus recairá sobre a outra parte, desde que esta possa produzi-la com maior facilidade, por questões profissionais, técnicas, fáticas de produzir a prova.

Destaca-se ainda, que a dinamização não substitui a regra geral do ônus da prova, todavia vem para operar em sua complementação, para os casos em que a regra estática (art. 333 do CPC) não seja a mais adequada para a distribuição dos encargos probatórios na busca da decisão justa, do melhor direito e da verdade. Neste sentido, o conceito de dinamização: “(...) contempla a transferência do ônus acerca daquelas circunstâncias fáticas que impõem a *probatio diabólica*⁶³, além de, concomitantemente, alertar contra o perigo da *probatio diabólica reversa*⁶⁴, que não raro ocorre nos casos de “inversão”.”⁶⁵

Nestes casos de extrema dificuldade ou impossibilidade de produção da prova, ocorre uma desoneração da parte que estava inicialmente incumbida do dever probatório, uma relativização do preceito clássico de que o ônus incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto a existência

⁶³ Conceito: “(...) a prova diabólica transcende o grau da dificuldade, chegando ao nível da impossibilidade. A prova diabólica é aquela que apresenta um ou mais obstáculos intransponíveis pela parte que tem interesse em produzi-la ou está onerada com sua produção.” E, ainda, as condições materiais para a sua existência são: “As condições materiais caracterizadoras da prova diabólica que implicam absoluta impossibilidade de produção da prova caracterizam-se quando: a) a prova não existir mais fisicamente; b) a prova estiver em local desconhecido de ambas as partes; c) a parte onerada não tiver tido qualquer tipo de participação fática quando ao acontecimento da vida que originou a fonte de prova, ou seja, houve de sua parte uma absoluta ausência física no fato, no evento, no acontecimento da vida que originou a causa de pedir da demanda ajuizada; d) quando a parte não onerada, diante de condições privilegiadas de poder e/ou autoridade em relação à outra parte, dissimulou as circunstâncias fáticas e/ou as próprias provas diretas.” (COUTO, Camilo José D’ávila. **Dinamização do Ônus da PROVA no Processo Civil: teoria e prática.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 144-146)

⁶⁴ Conceito: “(...) a *probatio diabólica reversa*, é causa de impedimento à utilização da teoria da dinamização, configurando um verdadeiro limite a sua aplicação.” E conclui “(...) se a produção de determinada prova a cargo da parte autora é diabólica, não pode a mesma guardar essa característica e circunstância em relação à parte ex-advérsa, ou seja, a produção da respectiva prova tem que ser possível para a parte requerida. Se a prova, em relação à parte requerida também se caracterizar como diabólica, contendo um obstáculo intransponível a sua produção em juízo, não poderá o Estado-juiz aplicar a teoria da dinamização do ônus da prova.” (COUTO, Camilo José D’ávila. **Dinamização do Ônus da PROVA no Processo Civil: teoria e prática.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 183)

⁶⁵ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 117.

de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. De modo que, a teoria da dinamização opera com amparo no princípio da solidariedade e efetiva colaboração das partes com o Poder Judiciário para que se atinja uma decisão justa e adequada para o caso concreto.

Ainda sobre este tema, destaca o Professor Arthur Carpes que a dinamização dos ônus probatórios funciona como um mecanismo de conformar a disciplina do ônus da prova à Constituição, aos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Uma vez que, a distribuição estática prevista em lei poderá muitas vezes acabar violando direitos fundamentais processuais, indo contra as funções do processo de pacificação e realização da justiça. Afirma, ainda, que no Estado Constitucional, existe a necessidade da lei estar conformada à Constituição, caso ocorra alguma violação a direito fundamental ou princípio de justiça, no caso concreto, haverá a correção da disposição legal a fim de que a Constituição seja respeitada.⁶⁶

Não obstante a isso, a teoria da dinamização do ônus da prova fomenta os esclarecimentos processuais, diminuindo as dúvidas e incertezas dentro do processo, para que assim exista uma maior efetividade da justiça nas decisões. Todavia, ressalva o Professor Arthur Carpes que é inerente à teoria da dinamização do ônus da prova uma cautela minuciosa ao flexibilizar-se a norma legal e não sejam cometidos abusos por parte do Poder Judiciário, colocando em xeque a segurança jurídica e o formalismo processual.⁶⁷ Desta feita, resta claro que o Direito, por tratar-se de uma ciência humana complexa, não pode ser estudado de maneira apartada aos paradigmas hermenêuticos, social, político e ético, de modo que, o processo deve caminhar lado a lado com os valores constitucionais.⁶⁸

Certo é que a referida regra geral contida no art. 333 do CPC é incapaz de se adequar a todo e qualquer caso concreto, pois muitas vezes em casos de responsabilidade civil médica ou de danos ambientais, podem ocorrer diversas injustiças e conseqüentemente violações a dispositivos constitucionais.

⁶⁶ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.71.

⁶⁷ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.76.

⁶⁸ MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e Sua Dinamização**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014. p. 160-161.

Ressalta-se que não mais vigora no direito brasileiro o princípio da legalidade estrita, ou seja, deve haver uma relativização da norma para a sua adequação às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal.⁶⁹ Para tanto, é imperioso que haja maior participação e responsabilidade do juiz no caso concreto, devido ao fato que a lei é incapaz de regular todos os casos que podem ser levados ao Judiciário, sendo inevitável a adequação e verificação por parte do magistrado cada caso e suas particularidades inerentes.

Assim, ao final, o que se propõe é uma flexibilização da regra geral contida no art. 333 do CPC, para que frente ao caso concreto, quando houver impossibilidade ou dificuldade de produção de uma determinada prova, não se deixe de produzi-la por conta de um interesse particular específico.⁷⁰ O dever de colaboração das partes com o Poder Judiciário deve balizar a dinamização dos ônus probatórios, para que seja possível o acesso à justiça processual, igualdade substancial das partes e principalmente o direito à prova.

Finalmente, destaca-se que para que seja possível a dinamização do ônus da prova é imprescindível que haja uma decisão devidamente fundamentada, conforme a regra do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, expondo os motivos para que seja afastada a regra geral, sob pena de nulidade, como explica o Professor Arthur Carpes:

A atuação do juiz fica, pois, controlada pela coerência lógica do seu raciocínio, devendo ele, na sua motivação, fazer transparecer os critérios que o levaram a afastar, naquele caso concreto, a incidência da regra do art. 333 do CPC e lançar mão da técnica de dinamização dos ônus probatórios. Em outras palavras, o juiz tem o dever de evidenciar, à luz das circunstâncias do caso concreto, está-se diante da violação do direito fundamental à igualdade, bem como do direito fundamental à prova. A ausência de decisão coerentemente fundamentada acerca da *dinamização* padece de vício grave, merecendo o decreto de invalidade.⁷¹

Desta forma, quando requerido pelas partes, o juiz deverá oportunizar o contraditório e, após, decidir fundamentadamente sobre a aplicação ou não da dinamização.

⁶⁹ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.76.

⁷⁰ MORÉS, Rachele. **A Dinamização do Ônus da Prova**. 2010. p. 30.

⁷¹ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.130.

Sintetiza, com muita propriedade, as condições para a ocorrência da dinamização do ônus da prova o professor Mitidiero:

Em termos processuais, são duas as condicionantes para a dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e arbitramento do ônus da prova com correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem a maior facilidade probatória diante do caso concreto. O ideal é que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (ar. 331, CPC), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo. Nada obsta, porém, que se dinamize o ônus da prova em momento posterior, desde, é claro, que se lhe acompanhe a correlata oportunidade de provar. Vale dizer: em sendo o caso, reabra-se a fase instrutória, a fim de não se ferir o direito fundamental à prova no processo civil. Fora daí há “retroatividade oculta” da normativa sobre o ônus probatório o que é evidentemente vedado no direito processual civil brasileiro.⁷²

Ademais, a decisão acerca dos deveres probatórios deve ser sempre anterior à sentença, para que as partes não sejam surpreendidas, por ingerências imprevistas, desequilibrando a relação processual, dificultando o exercício do “*direito amplo e irrestrito de acesso à ordem jurídica justa*.”⁷³. Portanto, a decisão que defere a dinamização dos ônus probatórios deve ser anterior à sentença e, além disso, deve oportunizar que a parte cumpra com o seu ônus.

Finalmente, o recurso cabível contra a decisão que defere a dinamização dos ônus probatórios será o Agravo (art. 522 do CPC). A dúvida gira em torno da modalidade retida ou de instrumento. Destaca-se que a decisão sobre a dinamização dos ônus probatórios causa prejuízos graves irreparáveis ou de difícil reparação às partes, de modo que, na forma retida – se não houver a retratação do magistrado – o agravo retido será examinado apenas junto com a apelação, após a instrução do processo, de modo que, seu eventual provimento acarretaria a reabertura da fase instrutória do processo. Por outro lado, tendo em vista esta possibilidade de lesão grave ou de difícil reparação (art. 522 do CPC), a lei permite, nestes casos excepcionais que se utilize o agravo de

⁷² MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 144-145.

⁷³ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.140

instrumento⁷⁴, sob a perspectiva dos direitos fundamentais, para que haja efetividade na tutela jurisdicional.⁷⁵

Neste ponto, a jurisprudência dos nossos Tribunais é bastante divergente quanto à modalidade de agravo que deve ser interposta, pois em alguns casos o agravo de instrumento é convertido em agravo retido, com base no art. 527 do CPC. Todavia, o agravo retido será julgado apenas com a apelação, portanto após a sentença (já encerrada a instrução), causa prejuízos ao Estado e às partes, como explica o Professor Arthur Carpes: “*Viola-se o direito fundamental da duração razoável do processo, corolário do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.*”⁷⁶

Portanto, a melhor alternativa para estes casos de decisão que defere ou indefere a dinamização dos ônus probatórios é a interposição do agravo de instrumento, pois esta exceção está prevista pelo próprio art. 522 (decisão suscetível a causar lesão grave ou de difícil reparação). Assim, sob a ótica dos direitos fundamentais, não deve ser utilizado o agravo na forma retida, deve ser utilizado o agravo de instrumento, com base na exceção prevista no *caput* do art. 522 do CPC.

3.3. ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O Novo Código de Processo Civil apresenta regras muito similares às atuais. A regra geral de distribuição do ônus da prova antes contida no citado art. 333, foi mantida e teve alguns acréscimos, como veremos a seguir com o art. 373:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

⁷⁴ Neste sentido, são os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: **Agravo de Instrumento** Nº 70063133920, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 09/01/2015; e, **Agravo de Instrumento** Nº 70021490610, Segunda Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgado em 26/09/2007.

⁷⁵ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.140-143.

⁷⁶ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.143.

§ 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.

O conteúdo do “caput” e dos incisos do art. 333, que foram mantidos, as novidades estão nos Parágrafos 1º e 2º. A grande inovação está no Parágrafo 1º do referido artigo, pois traz expressamente a possibilidade de dinamização do ônus da prova, e consequentemente distribuição do ônus de modo diverso ao estabelecido pela regra geral e as demais convenções feitas entre as partes. A possibilidade de o magistrado distribuir de modo diverso o ônus da prova por meio de uma decisão fundamentada e oportunizada o contraditório (é imprescindível para um processo justo que haja tal decisão e que seja oportunizado o contraditório antes de qualquer tipo de dinamização dos encargos probatórios). Pode o magistrado distribuir de “modo diverso”⁷⁷ o ônus da prova, incumbindo a parte que estiver em melhores condições de produzi-la. Ainda, determina que o juiz deverá oportunizar que à parte incumbida cumpra com o ônus que lhe foi atribuído. Por fim, utiliza equivocadamente e expressão “inversão do ônus da prova”, e determina que são mantidos os encargos para a respectiva produção da prova.

Por conta disso, ressalta-se que deve haver um cuidado muito grande com as diferenças entre os institutos da “inversão” e da “dinamização”, pois a primeira trata-se da distribuição do ônus da prova de modo diverso para determinados casos, enquanto a segunda transfere de fato a incumbência que

⁷⁷ Os professores Marinoni e Mitidiero, entendem que a expressão “modo diverso” não foi uma escolha adequada para a redação da cláusula, por entenderem que “*só se pode distribuir de modo diverso o que já foi distribuído*” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Crítica e proposta**. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 59.)

originalmente competia a uma das partes para a outra. Vale ressaltar ainda, que “a dinamização é atribuição “ex novo” do ônus da prova em atenção às circunstâncias da causa”⁷⁸.

Ainda, o Parágrafo 2º do citado art. 373, estabelece que a dinamização do ônus da prova não pode causar qualquer prejuízo para a parte de modo que reste impossibilitada de desincumbir-se dele por ser extremamente difícil ou impossível.

Certamente as novas atribuições contidas no Projeto do Novo Código de Processo Civil vêm para melhorar o sistema processual, são um grande avanço na busca pela verdade e pela justiça dentro da perspectiva de um processo colaborativo e igualitário.

3.4. O ÔNUS DA PROVA E O DEVER DE COLABORAÇÃO.

O Novo CPC apresenta como norma fundamental o colaboração no processo, entre as partes e o magistrado, bem como para os demais participantes, tal regra vem expressa no Art. 6º do Novo Código, com a seguinte redação:

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

Portanto, esta norma estabelece uma divisão do trabalho entre os participantes, equilibrando a relação processual.⁷⁹ Sendo assim, pode-se compreender a colaboração como um meio de organizar a função das partes e do magistrado para o bom desenvolvimento da relação processual civil, na busca pela decisão justa, neste sentido bem definem os professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

“(…) visa a feição ao formalismo do processo, dividindo de forma *equilibrada* o trabalho entre todos os seus participantes. Como modelo, a colaboração rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil, ângulo de visão evidentemente unilateral de fenômeno processual, privilegiando em seu lugar a própria ideia de processo

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Crítica e proposta**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 59.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: v.1 Teoria do Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 493-494.

como centro de sua teoria, concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional.”⁸⁰

Portanto, o princípio processual da colaboração tem como objetivo a função de organizar o processo de forma idônea, paritária e equilibrada para o encontro da decisão justa.

Ademais, é fundamental referir que a colaboração aqui referida é a colaboração dos sujeitos processuais com o processo em si na busca da verdade e da justiça, em momento algum, trata-se da colaboração entre as partes adversárias.⁸¹ Assim, compreenda-se, em momento algum os adversários no processo têm o dever de colaboração entre si, uma vez que, possuem interesses diversos na demanda, portanto a colaboração deve ser entendida como do juiz para com as partes e das partes para com o juiz, visando a obtenção de um resultado justo e adequado.⁸² Não é razoável, nem se pode pretender que a parte forneça elementos e argumentos desfavoráveis a ela e favoráveis ao seu adversário.⁸³

Ainda, Sobre o dever de colaboração no define o professor Mitidiero que *“o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que o Estado está na dignidade da pessoa humana.”*⁸⁴ Portanto, o magistrado, assume uma nova função, devendo ser paritário na condução do processo e no diálogo entre as partes – sempre observando a boa-fé – sendo assimétrico apenas na decisão da causa, onde seu maior objetivo deve ser a verdade, ainda que meramente processual.⁸⁵

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: v.1 Teoria do Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 494.

⁸¹ Importante compreender que: *“A constatação de que o processo é uma atividade de interesse público não significa que o magistrado possui sobre ele poderes absolutos, até mesmo porque o juiz não é seu senhor exclusivo. Uma vez que o processo civil busca o papel de equilíbrio democrático no exercício dos poderes jurisdicionais, impõem-se o reconhecimento de interesses privados e públicos no seu desenrolar, muito em função de sua íntima coligação com os ditames constitucionais, que albergam ambos.”* (Scarpato p .84)

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: v.1 Teoria do Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 497.

⁸³ Complementa este pensamento p professor Scarpato: *“(...) a iniciativa probatória particular não detém no atual sistema probatório brasileiro nenhum elo com o interesse público de boa instrução processual: é dirigida e orientada exclusivamente pelo interesse privado.”* (p. 86)

⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

Outras novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil estão nos seguintes artigos:

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.

Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

Inicialmente, o art. 378 do Novo CPC apresenta o dever de todas as pessoas em colaborarem com o Poder Judiciário na busca da verdade dos fatos. Ou seja, ninguém pode escusar-se de prestar esclarecimentos e auxílio ao Poder Judiciário em qualquer que seja a demanda, salvo a previsão do caput do art. 379, de não produzir prova contra si mesmo, todos devem comparecer, colaborar e praticar os atos que forem solicitados pelo juízo, conforme os incisos do referido artigo.

Finalmente, em seu art. 380, o Novo CPC estabelece que o terceiro, que souber de informações, ou estiver de posse de documentos ou coisas que interessarem a resolução de determinados casos, tem o dever de apresentá-los ao juiz competente, enfatizando ainda mais o princípio da colaboração. Ainda, para os casos de descumprimento deste artigo, o juiz pode determinar a imposição de multa além de, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

De modo que, resta clara a intenção do legislador de incentivar e afirmar o princípio / dever de colaboração no processo civil. Este é sem sombra de dúvidas um grande avanço trazido pelo Novo CPC, que agora tem expresso o dever de cooperação entre os sujeitos do processo.

Voltando ao tema central, o dever de cooperação cria entre em relação as partes três deveres, são eles: o de esclarecimento, que entende-se pela prática de todos os atos processuais de forma clara, coesa e transparente; lealdade que consiste na boa-fé processual (art. 17 do CPC); e proteção que entende-se pela proibição de causar danos à outra parte.⁸⁶ Por outro lado, em relação ao magistrado, surgem as seguintes obrigações: a de esclarecimento que consiste em terminar com qualquer dúvida que este possa ter sobre os fatos e alegações; a de consulta que às partes sobre questões que eventualmente venham a ser conhecidas de ofício, antes de decidir, para que sejam submetidas ao contraditório; a de prevenção consiste na fiscalização do procedimento a fim de evitar a ocorrência de falhas processuais ou atos desnecessários, identificando, indicando e determinando as correções; e por último está o dever de auxílio, que nada mais nada menos é do que ajudar as partes no exercício de seus direitos para a superação de qualquer eventual dificuldade.⁸⁷

Não obstante a isso, o diálogo possui um poder transformador, e somente através dele podemos chegar até um processo colaborativo e conseqüentemente até a verdade, esta última capaz de proporcionar uma decisão justa. Neste sentido, complementa a observação do professor Scarparo: “(...) o diálogo assim como a cooperação não deve se estabelecer apenas entre parte e juiz, mas também entre os próprios litigantes.”⁸⁸ Portanto, o processo deve ser conduzido conjuntamente pelo magistrado e pelas partes, mantendo sempre constante a interação para que haja uma maior efetividade, possibilitando o exercício e o resguardo de direitos particulares – decorrente do próprio princípio do contraditório – chegando ao conceito de democracia participativa.⁸⁹

⁸⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 133, p. 9-14, abril de 2014. p. 12.

⁸⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 133, p. 9-14, abril de 2014. p. 13.

⁸⁸ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.366, p. 77-104, abril de 2008.. p. 85.

⁸⁹ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.366, p. 77-104, abril de 2008.p. 84.

No tocante à relação entre a dinamização do ônus da prova e o dever de cooperação, não se pode falar em uma sem relacionar com a outra, pois, de acordo com o modo que for determinada a distribuição dos ônus probatórios, ocorrerá uma colaboração maior ou menor para a formação do juízo de fato do caso concreto.⁹⁰

Finalmente, sobre a relação da dinamização do ônus da prova e os deveres de colaboração, muito apropriadamente define o Professor Arthur Carpes como uma via de duas mãos: *“enquanto a dinamização do ônus prestigia os deveres de cooperação, estes servem de fundamento, justamente, para a utilização da técnica da dinamização.”*⁹¹ Portanto, justifica-se a dinamização com base no princípio da colaboração, que por sua vez preza pelos deveres de colaboração.

⁹⁰ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

⁹¹ CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 65.

4. CONCLUSÃO.

O presente trabalho iniciou buscando o conceito para a “prova” dentro e fora do processo civil e compreender sua função. Temos que a prova em si mesma consiste em uma atividade na busca de provar e confirmar que determinada afirmação é verdadeira. Por outro lado, a “prova judicial” volta-se para os fatos determinados pelas partes dentro do processo, essencialmente com a finalidade de comprovar a veracidade da versão apresentada em juízo e atual no convencimento do juiz, sempre respeitados os meios adequados para a sua produção.

Aproveitando também a versão apresentada pelo Código de Processo Civil, em seu art. 332 como: *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”*

Ao depois, o presente trabalho analisou a questão pertinente a valoração das provas pelo magistrado, examinando os 4 principais sistemas, no entendimento que compartilha com o professor Daniel Minidiero, sendo estes (a) A prova legal ou doutrinaria; (b) prova legal regulada pela lei ou “codificada”; (c) intima valoração; (d) persuasão racional ou livre valoração motivada. Pelo estudo destes sistemas, verificou-se que o sistema que melhor aplica-se na prática em quase todos os ordenamentos jurídicos é o da persuasão racional ou o sistema do livre convencimento motivado da sentença.

Prosseguindo o estudo, já definido pela aplicabilidade prática do referido sistema do livre convencimento motivado, buscou-se a conceituação deste, partindo da determinação do próprio Código de Processo Civil, Art. 131, que concede a liberdade ao julgador, cobrando-lhe em contrapartida a motivação da sentença e a valoração racional das provas. Adentrando um pouco também nas possíveis reformas apresentadas pelo projeto do novo Código de Processo Civil em seus Arts. 11 e 259.

Assim, resta evidenciado que para o magistrado exercer com liberdade suas decisões, atuando com o seu livre convencimento, deve ater-se aos fatos dos autos e motivar a sentença. Outrossim, a motivação e justificação da

decisão são partes fundamentais e imprescindíveis do julgamento (Art. 165 c/c 458, ambos do Código de Processo Civil). Desta feita, os referidos institutos e mecanismos operam como um sistema de freios para o magistrado, que fica adstrito ao exame e enfrentamento de todas as provas do processo antes da decisão.

Ao depois, a presente pesquisa analisou outros ordenamentos jurídicos com sistemas similares ou não ao modelo adotado no Brasil, verificando-se que independentemente do ordenamento, prevalece sempre o entendimento de que as decisões devem ser racionais e motivadas, permitindo ao magistrado a livre apreciação das provas e dos fatos, desde que respeitados os requisitos mencionados. Ademais, é indispensável, para qualquer ordenamento jurídico, impor limites à atuação do árbitro, sob pena de criar uma insegurança jurídica.

Consequentemente, ao final do primeiro capítulo, vimos os possíveis avanços estabelecidos no Novo Código de Processo Civil, sendo que o princípio do livre convencimento motivado do juiz tem o papel fundamental de impor limites ao magistrado – respeitando sua liberdade – no exercício de sua prestação jurisdicional. De modo que, resguarda para as partes a segurança jurídica, evitando e afastando decisões subjetivas ou imparciais, consolidando uma das principais garantias do Direito atual.

Passando para a análise do ônus da prova, constatou-se que se trata de uma incumbência atribuída à parte que tem o seu dever de provar determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas. Portanto, a sua atribuição é um fator determinante para o bom andamento processual, devendo sempre ser respeitada a sua ordem, e observados os direitos fundamentais.

Temos que a dupla função do ônus da prova, a primeira subjetiva e a segunda objetiva demonstram que o instituto do instituto vai muito além dos limites tangíveis dentro do processo. Sendo a primeira subjetiva, buscando racionalmente o convencimento do julgador com base nas provas concretas (de produção conveniente, a seu favor); e a segunda, objetiva, operando como uma regra de julgamento, para os casos em que não for possível se chegar a uma

conclusão, a parte que não se desonerar, sujeita-se a um resultado desfavorável na demanda.

Ao depois, com o estudo da teoria das normas, resta claro que a regra geral (art. 333 do CPC) estática é insuficiente para a produção de todas as provas no processo, e muito mais do que isso, nem sempre a distribuição estática será a mais justa. Por esta razão, em casos especiais a lei já apresenta uma distribuição diversa. A teoria estática, embora atenda a maioria dos casos, não é totalmente confiável, gerando margens para injustiças.

Frente ao dever de colaboração das partes com o Poder Judiciário, passamos a analisar o tema sob a perspectiva da teoria da dinamização do ônus da prova, que consiste basicamente no sistema de que a prova deve ser produzida por quem melhor puder produzi-la. Ressalvados os casos da prova impossível e da prova diabólica. Mostra-se muito adequado o posicionamento que determina que o juiz decida sobre a dinamização dos ônus probatórios antes da sentença e oportunizado o contraditório, evitando que as partes não sejam surpreendidas na sentença e, ainda, sejam preservados princípios como da boa-fé processual, contraditório e acesso irrestrito à ordem jurídica justa.

Finalmente, contra a decisão que defere a dinamização dos ônus probatórios, em que pese a divergência jurisprudencial, o recurso cabível será o Agravo (art. 522 do CPC), na forma de instrumento, haja vista o iminente prejuízo que tal decisão pode acarretar para a parte e conseqüentemente à marcha processual.

Constatou-se ainda que o capítulo das provas no Novo Código de Processo Civil trouxe inúmeros avanços tanto para as questões de dinamização, quanto para as questões básicas, mantendo a regra geral. De modo que resta claro que o instituto da dinamização está cada vez mais presente no contexto do Direito Processual Civil, devendo ser utilizado com sabedoria, boa-fé e com colaboração entre as partes e o Poder Judiciário para o alcance da decisão justa.

Ao final, vimos que o diálogo e a colaboração entre as partes são a chave para o bom desenvolvimento processual, na busca pela verdade. Neste

sentido, o Novo Código de processo Civil apresenta inúmeros avanços, inclusive com o art. 6º e também especificamente no tema das provas com os arts. 378, 379 e 380. Desta forma, constatou-se que a dinamização do ônus da prova e os deveres de colaboração operam em via de mão dupla, pois ao passo que a dinamização prestigia o dever de colaboração, estes funcionam como justificativas e argumentos para a sua utilização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARONNE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

BERALDO, Marina Carolina da Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 36, n. 198, p. 455-462, agosto de 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARPES, Arthur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

COUTO, Camilo José D'avila. **Dinamização do Ônus da PROVA no Processo Civil**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1.^a ed. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1983.

FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1981.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de Distribuição do Ônus da Prova e de Efetivação do Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

GUIMARÃES, Bruno Augusto François. O processo cooperativo e a lealdade processual. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.10, n.60, p. 82-99, maio/junho de 2014.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova Nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e Sua Dinamização**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: v.1 Teoria do Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: v.2 Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**: Crítica e proposta. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Alvaro de. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento E Ônus Da Prova**: Temas de Direito Processual Civil –segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

MORÉS, Rachele. **A Dinamização do Ônus da Prova**. 2010. 74 f. Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS –, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A Motivação das Decisões Cíveis**: Como Condição para Resposta Correta / Adequada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova**. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 133, p. 9-14, abril de 2014.

ROSEMBERG, Leo. **La Carga de La Prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires:Ejea, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil:** (Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v.366, p. 77-104, abril de 2008.

STRECK, Lenio. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>> . Acesso em 20 de março de 2015.

STRECK, Lenio. **Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades?**. Em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>> . Acesso em 20 de março de 2015.

TARUFFO, Michele. **A Prova**; tradução João Gabriel Couto. – 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**; apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marciel Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio da cooperação. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 102, p. 62-74, setembro de 2011.