

A TUTELA JURISDICIONAL JUSTA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Jerusa de Oliveira Dantas Passos

Servidora pública federal da JFPE, Graduada em Direito pela Universidade Estadual da Bahia – UNEB, pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pelo Grupo Educacional Verbo Jurídico.
e-mail: jerusa.passos@jfpe.jus.br

RESUMO: No presente trabalho, adotou-se como tema a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como meio de concessão da justa tutela jurisdicional. Ressaltou-se a aplicação do Direito por intermédio do processo judicial, necessitando da conscientização do magistrado do seu papel social, com atuação em harmonia com os princípios constitucionais, dotando o princípio da igualdade de especial relevo, diante do assunto eleito. Adotou-se, portanto, a prova, em especial a sua distribuição dinâmica, por ser âmbito de grande relevância no Direito Processual, para fim de concretização do direito material. Foram utilizados os ensinamentos doutrinários e os entendimentos jurisprudências pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Tutela Jurisdicional Justa. Prova. Ônus da Prova. Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Direito e o processo. 3. O magistrado e a Constituição Federal. 4. A prova e o ônus da prova. 5. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ato de criação é espantosamente interessante. Parte-se de uma ideia correlata a determinado tema, com força inicial suficiente a impulsionar

um vasto trabalho de pesquisa, leitura e seleção. Em seguida, já sob a influência de inúmeras informações, a ideia primeira começa a ganhar forma, mas ainda tímida pelo caráter prefacial da atividade. Parte-se, então, para a transcrição dos fundamentos, oportunidade em que, mais uma vez, a ideia sofre alterações, agora já em seu caráter transcendente ao seu criador, dotando-se de vida independente.

No presente trabalho, busca-se explicar sobre a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como instrumento adequado à concessão de uma justa tutela jurisdicional.

O tema reflete as preocupações jurídicas referentes à efetivação dos direitos, reafirmando a instrumentalidade do processo civil perante o direito material, tendo como princípio a observância aos comandos constitucionais. Ciente da instrumentalidade do Direito em relação à finalidade de pacificação social, busca-se promover uma releitura dos institutos processuais à luz do filtro constitucional.

Ao longo da sustentação, foram citadas as inclinações doutrinárias pertinentes, todas dotadas de maestria peculiar, bem como os entendimentos jurisprudenciais correlatos ao assunto, porém sem que se suprimisse o posicionamento pessoal sustentado, agraciado pelas experiências captadas pela prática, tudo isso agregado à imensa vontade de externar algumas ideias impacientemente ainda não compartilhadas.

O prazer em realizar um estudo na seara do Direito Processual Civil ensejou a intenção de redigir sobre a tutela jurisdicional justa, especificamente sobre um instrumento processual capaz de corroborar com a sua oferta, assegurando-se sua efetividade resguardada pela Constituição Federal.

Para o alcance de tal escopo, elegeu-se a prova, em especial a teoria da distribuição dinâmica do seu ônus, para promover uma análise detida sobre a aplicação do Direito pelo magistrado, por intermédio do processo judicial, para concessão da tutela jurisdicional harmônica com o princípio constitucional da igualdade.

Sendo assim, inicialmente, percorre-se a importante explanação correlata ao Direito e ao processo, como temas indispensáveis ao alcance do propósito do presente trabalho, correlato à justa tutela jurisdicional. Em destaques históricos, descreveu-se a evolução da concepção de processo, iniciando pela fase imanentista do Direito Processual até o formalismo-valorativo, culminando nas propostas extraídas do neoprocessualismo.

Foram destacados alguns conceitos emanados da Teoria Geral do Estado e da Teoria Geral do Processo.

Em seguida, analisa-se o papel do magistrado, ressaltando a sua nobre atuação social, desprendendo-se da ideia preliminar de mero aplicador da lei e passando a ser norteado pela Constituição Federal, acolhida em seu caráter supremo no ordenamento jurídico. Destacou-se a necessidade de uma conduta ativa do julgador, porquanto a hodierna sistemática não comporta a mera função de expectador dos acontecimentos processuais.

Passa-se, então, à apreciação do instituto da prova, como seara intimamente atrelada à tutela jurisdicional, destacando a sua importância processual e adentrando o âmbito do ônus da prova, com verificação da vigente disciplina legal nos ramos processual civil e consumerista.

Por derradeiro, sem olvidar a teoria estática, desagua-se no entendimento concernente à teoria dinâmica do ônus da prova, especificando a sua correlação com o intuito de concessão da justa tutela jurisdicional, inclusive em uma visão perspectiva, diante da iminência de ingresso no ordenamento jurídico de um novel Código de Processo Civil.

Portanto, fundando-se na certeza da necessidade constante de refinar o aprendizado, por ser o conhecimento jurídico fruto advindo da permanente transformação social, o presente artigo é uma contribuição singela ao mundo da ciência.

2. O DIREITO E O PROCESSO

O Direito figura como conjunto de normas estabelecidas com o intuito de promover a pacificação social. Não obstante cada um saiba exatamente delimitar as esferas do certo e do errado, do permitido e do proibido, do lícito e do ilícito, figurará o Direito como meio coercitivo para regular as relações sociais, tornando a convivência em determinado grupo de pessoas sujeita a certos regramentos. É um sistema com normas obrigatórias, acompanhadas de sanções para a hipótese de descumprimento de seus comandos.

O Estado, com o escopo de alcançar o bem público, utiliza-se do seu poder, em sua modalidade Poder Judiciário, aplicando normas coerentes com a ordem, a justiça e a liberdade, consistindo tal atividade na jurisdição.

Embora a aplicação do Direito também seja realizada por intermédio das demais modalidades de função do Estado, percebe-se que,

predominantemente, em âmbito da Administração, o Estado é parte atuante, diretamente interessada no desfecho da aplicação, enquanto que o Poder Legislativo figura em um momento prévio, elaborando o texto abstrato, a ser utilizado pelo Poder Judiciário na aplicação ao caso concreto.

Considerando a adoção do Estado Democrático de Direito, o exercício do poder estatal deve observar esse modelo de organização, em harmonia com as normas constitucionais, com a finalidade de abranger os seus objetivos essenciais.

Além disso, tais normas disporão sobre a própria organização do Estado, que também está obrigado a obedecer aos preceitos contidos no ordenamento jurídico, cabendo ao Poder político a seleção dos comandos normativos, que serão acolhidos desde que não ofendam os direitos fundamentais do homem, consoante sustenta a doutrina especializada.¹

Isto porque a sociedade tem sua existência destinada ao homem, de modo que a elaboração de leis prejudiciais devem ser declaradas inconstitucionais ou revogadas, pois são frutos da ignorância ou da má-fé do legislador, alheios, portanto, à finalidade do Estado e do Direito.

Nessa esteira, pode-se vislumbrar o ordenamento jurídico como sistema composto de regras e princípios, capaz de solucionar as querelas anunciadas, dotado de unicidade e completude para promover de modo satisfatório o alcance de tal intuito.

Neste sentido, define Luís Roberto Barroso que “*o ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa*”.²

Destaque-se, por pertinência, que o Direito positivado tem origem e conteúdo harmônicos com o contexto histórico da sociedade. Mesmo assim, tem elementos constantes e semelhantes aos ordenamentos jurídicos de outros Estados, pela elementar razão de que todos correspondem ao Direito humano e universal.

Por outro lado, despreendendo-se de um grupo originário de necessidades finitas, o Direito deparou-se, após alguns séculos de marchas e contramarchas históricas, com uma sociedade complexa, de demandas diversificadas, mas sedenta de conservação dos seus pilares, a exemplo do princípio da igualdade.

As evoluções nas searas econômica, tecnologia e intelectual exigiram a criação de normas que atendessem às novas necessidades, diretamente

relacionadas com o bem comum. Surgiram, por exemplo, os direitos protetivos correlatos ao consumidor, ao meio ambiente, à criança e ao adolescente, ao idoso, ao patrimônio público, devidamente acompanhado de instrumentos processuais destinados à proteção da tutela coletiva.

Além disso, percebeu-se que não se tratava apenas de mera aplicação do texto legal, passando-se a buscar a concessão de uma tutela efetiva, independentemente do ramo do Direito tratado, observadas as peculiaridades das partes.

Possibilitou-se o acesso à justiça, bem como que o pleiteante recebesse a justa tutela jurisdicional, efetiva aos seus anseios, concretizando-se os direitos previstos na seara material.

Ademais, mesmo sendo cediço que o texto legal figura ultrapassado pela realidade social, a distância outrora imperceptível ou de pequena monta dotou-se de grande quilate.

Frise-se, por oportuno, que a causa do descompasso entre o texto legal e a realidade não é a deficiência de diplomas legais. Ao revés, o que se percebe é a grandiosa quantidade de leis, mas, sozinhas, não garantem a satisfação dos anseios dos seus destinatários com efetividade.

Ocorre que, por flagrante coerência com singelo conceito de ordenamento jurídico acima explicitado, resta evidenciado que a sociedade não será prejudicada por tal situação. Isto porque a completude do ordenamento jurídico impede que a eventual ineficiência do texto legal obste a concessão da justa tutela jurisdicional, sob pena de corromper a finalidade ínsita ao conceito de Direito.

Para concretização de tal tutela, o processo é o meio pelo qual o Estado promove a pacificação, figurando como instrumento formalizado para a aplicação do Direito, seja na seara administrativa ou judicial.

Não se pode olvidar que o processo é produto da cultura do homem, conforme descreve, com excelência, Artur Carpes:

Compreender o processo como produto da cultura do homem, e não apenas como mera técnica, pois, é o primeiro passo a ser dado para aquele que se dedica a interpretar o fenômeno na pós-modernidade. Entender que o processo não vive alheio à cultura de seu tempo, mas, pelo contrário, respira os ares do momento histórico em que está inserido é, pois, de

todo fundamental. [...] O imanente caráter cultural do processo passa, ainda nos dias de hoje, à margem da imensa maioria dos operadores do direito, circunstância que decorre, inevitavelmente, das influências do *paradigma racionalista*, ou seja, dos marcantes efeitos que o período histórico da Idade Moderna fixou na cultura ocidental. Sem embargos da influência ditada pelos pressupostos das filosofias liberais, a possibilidade de surpreender o desenvolvimento do processo em fases metodológicas, que diferem entre si especialmente por força de peculiares características de seu respectivo formalismo – derivadas, à evidência, do momento histórico em que se encontram encartadas – é aspecto que, inegavelmente, vem a reforçar e ilustrar o caráter cultural enroupado no direito processual. Nessa quadra, a doutrina faz perceber a existência de rupturas históricas no desenvolvimento do formalismo processual, dividindo-as em quatro principais endereços culturais: o *praxismo*, o *processualismo*, o *instrumentalismo* e, finalmente, o *formalismo-valorativo*.³

Inicialmente, em uma fase intitulada imanentista, o processo foi concebido como simples procedimento, consistente em uma sequência ordenada de atos, limitando-se os seus estudiosos a analisar as suas formas e os atos que o integram, desprovidos de preocupações teóricas, razão pela qual foram intitulados de praxistas.

Em seguida, houve quem sustentasse com fundamento na teoria contratualista, que o processo era um contrato firmado entre as partes, com o intuito de aceitar a decisão do magistrado. A teoria quase-contratualista, de outra banda, pretendia compreender o processo como instituto do direito privado, porém sem a natureza de contrato, razão pela qual adotou a ideia de quase-contrato.

Somente com a aquisição de sua autonomia científica, afastando-se da concepção de natureza privada do contrato, surgiu a teoria da relação jurídica, com a obra de Oskar Von Bülow, consistente na ideia do processo como relação intersubjetiva, dinâmica, de direito público, dotada de seus próprios sujeitos e requisitos. Além disso, teria como conteúdo outra relação, de direito material, com finalidade de permitir a apreciação desta última pelo Estado-juiz.⁴

Uma vez pacificada a autonomia da ciência processual, firmou-se a fase da instrumentalidade do processo, dedicando-se a ser dotado dos meios mais eficientes, com o intuito de concessão de uma tutela justa e célere, aproximando-se, ao máximo, da promoção da justiça.

Por derradeiro, sustenta-se a fase do formalismo-valorativo, na qual o processo é vislumbrado a partir dos preceitos constitucionais, principalmente no tocante ao devido processo legal.

Abstraindo-se, portanto, de uma percepção meramente formalista, o processo é o instrumento de atuação do direito material, além de ser o meio indispensável para que o Estado alcance os escopos jurídicos, políticos e sociais da jurisdição. Aliado à sua instrumentalidade, busca-se a efetividade do processo, pois deverá dispor dos meios aptos a permitir o alcance do seu objetivo.

O ilustre doutrinador Alexandre Freitas Câmara, transcrevendo os ensinamentos do mestre processualista José Carlos Barbosa Moreira, aponta que o processo efetivo deve atender aos seguintes postulados: dispor de instrumentos de tutela adequados, que estes instrumentos sejam utilizáveis, que assegure condições para que sejam reconstituídos os fatos relevantes, que assegurem a quem tem uma posição jurídica de vantagem exatamente aquilo a que faz jus e que o resultado seja alcançado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.⁵

Embora se tenha consciência de que o processo é utilizado em diversas áreas da atividade estatal (legislativo e administrativo) e não estatal (arbitragem), no processo jurisdicional, o Estado figura em posição equidistante das partes, dotado de imparcialidade e promovendo o contraditório e a igualdade entre os litigantes, consoante destaca Alexandre Freitas Câmara:

O processo jurisdicional, todavia, guarda peculiaridades em relação aos demais tipos de processo. A principal delas reside exatamente no fato de existir neste processo, como seu aspecto intrínseco, uma relação jurídica de direito público, estabelecida entre as partes e o Estado-juiz, em que este exerce poder, em posição de equidistância em relação às partes. Não se confunde, pois, o processo jurisdicional (que constitui o objeto central de nossas atenções por ora) com os demais processos. Não se pode confundir os processos

jurisdicionais com os processos não-estatais, pela simples razão de que nestes não se encontra o Estado no exercício de seu poder soberano. Nem se pode confundir o processo jurisdicional com os demais processos estatais, por faltar nestes o requisito da imparcialidade e equidistância que está presente naquele. Assim, por exemplo, no processo administrativo o Estado é um dos sujeitos interessados e, ao mesmo tempo, o prolator do provimento que se apresenta como “ato final” do processo.⁶

Portanto, o processo, por ser o meio de realização do direito material, deve adequar-se à nova seara jurídica, moldando-se às necessidades constatadas em juízo, adstritas ao caso concreto, à luz do que sustenta a doutrina, no concernente ao intitulado princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação formal do processo:

Nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação desse direito fundamental). Eis que aparece o princípio da *adaptabilidade, elasticidade ou adequação judicial* do procedimento: cabe ao órgão jurisdicional prosseguir na empresa da adequação do processo, iniciada pelo legislador, mas que, em razão da natural abstração do texto normativo, pode ignorar peculiaridades de situações concretas somente constatáveis caso a caso.⁷

Destarte, não se trata, apenas, de compreender a finalidade do Estado, a completude do ordenamento jurídico e a instrumentalidade do processo. Torna-se imprescindível que o magistrado esteja consciente da sua nobre função no organismo social, muito além de mero anunciador passivo do texto legal.

3. O MAGISTRADO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Integrante do grupo dos operadores do Direito, o magistrado é incumbido de solucionar, judicialmente, o pedido daquele que comparece ao Poder Judiciário destinado a receber uma tutela jurisdicional justa.

Sua atividade é, em regra, limitada pelo princípio dispositivo, consistente na necessidade de que a parte pleiteie a prestação da tutela jurisdicional, indicando os limites da demanda, a partir do que o magistrado atuará. Uma vez proposta a ação, com informação dos fatos correlatos aos pedidos, o juiz promoverá a sua subsunção às normas e aos princípios aplicáveis.

Para se conceber a magnitude dessa função de pacificação, basta imaginar o instituto da coisa julgada, que torna imutável um pronunciamento judicial, no escopo de evitar a indefinida discussão sobre determinado tema e, conseqüentemente, ensejar a segurança jurídica.

Isto porque o processo não poderá persistir indefinido por grande espaço do tempo, considerando que, em regra, o ordenamento jurídico proíbe a concretização da pretensão resistida sem a intervenção estatal.

O juiz, como componente do Poder Judiciário, é dotado de um poder-dever, ou melhor, de um dever-poder, constituindo o feixe de responsabilidades jurídicas e sociais, pois a sua função de aplicador do Direito ao caso concreto exorbita à seara processual, vez que os efeitos do seu *decisum*, em harmonia com a finalidade do Direito, se espraiam pela sociedade, por mais que, tecnicamente, se tenha ciência dos limites subjetivos da lide.

Afinal, as partes que compuseram a demanda, para fins de concretização da tutela recebida, terão que exercer os seus direitos reconhecidos perante o seu adversário processual, bem como perante terceiros, alheios à lide pronunciada no Poder Judiciário, razão pela qual o magistrado, acima de tudo, tem responsabilidade social decorrente de seu dever de dizer o direito.

Não se olvida a necessidade de um preparo impecável para exercer tal função. Espera-se de um magistrado a sensibilidade para captar a necessidade das partes, a inteligência para aplicar o ordenamento jurídico, a sagacidade para eleger a melhor solução, a serenidade para visualizar o modo mais eficaz de concretização da tutela, a coerência para expor os motivos ensejadores da conclusão aventada, tudo agraciado pela celeridade indispensável a uma era de inúmeras demandas e enormes complexidades.

Por pertinência, vejam-se as considerações doutrinárias:

Assim, o juiz, como jurista, deve ser uma pessoa de seu tempo, que nada pode desprezar, devendo manter-se, quanto possível, inteirado não apenas do que se passa à sua volta no campo do direito, mas também de tudo que diga respeito às criaturas e à própria vida como um todo. Fora disso, sua tarefa jamais será completa. Pode até ser um bom jurista, do ponto de vista técnico. Pode dominar bem a legislação. Pode até decidir, com acerto, em face da fria letra da lei. Isso, porém, não é tudo. De fato, com a publicização do processo, a socialização do direito e a globalização da economia (com reflexos na área jurídica), o juiz, cada vez mais, deverá estar atento na busca da verdade real, sem o que o princípio do acesso à justiça, que tanto se quer prestigiar, pouco significará.⁸

Consciente de tais características que deverão lhe pertencer constantemente, torna-se inevitável perceber que, para conceder uma tutela jurisdicional justa, o magistrado deve extrair do ordenamento jurídico a solução condizente com o escopo de pacificação, intimamente relacionado com o princípio da igualdade.

Acrescente-se que, há muito tempo, não se satisfaz com a igualdade meramente formal, fundamentada somente na aplicação do texto legal, independentemente de uma análise percuciente do caso concreto. Busca-se uma igualdade substancial, consistente na aplicação dos instrumentos necessários a suprir as limitações dos litigantes, sejam elas probatórias ou financeiras.

Sobre o tema, leciona, com indiscutível excelência, a doutrinadora Sandra Aparecida Sá dos Santos:

Desse modo, na esfera constitucional brasileira, tanto a doutrina quanto a jurisprudência adotaram a orientação de que o referido princípio tem como destinatários principais o legislador e, também, o aplicador da lei: ao legislador para que, na sua função, elabore a lei, levando em consideração as situações idênticas e as distintas,

de modo a diferenciá-las, em nome da razoabilidade; ao juiz para que, no momento da aplicação, observe as condições materiais e processuais de cada caso concreto, no sentido de possibilitar o tratamento desigual aos desiguais, visando à obtenção da justiça. [...] Um dos princípios constitucionais de maior importância no campo do direito processual é o da igualdade. Inafastável a associação entre Constituição e processo, porque esse é um instrumento a serviço daquela. Por isso, é de todo ineficaz atribuir às pessoas direitos subjetivos materiais sem lhes assegurar os institutos processuais e os meios procedimentais indispensáveis à realização do referido direito.⁹

A postura do magistrado na condução do processo é dotada de constante verificação de que às partes estão sendo facultados os direitos, os deveres e os ônus pertinentes, capazes de manter uma situação de equilíbrio durante todo o deslinde processual.

Em um primeiro grau de jurisdição, o magistrado mantém contato diretamente com as partes, inclusive sendo permitido pelo Código de Processo Civil que, de ofício e a qualquer momento, determine o comparecimento das partes, para fim de interrogá-las sobre os fatos da causa (artigo 342).

Isto se justifica porque, nesta oportunidade, será realizada a instrução processual, cabendo ao juiz presidir a fase probatória, destinada à formação do seu convencimento, conforme se depreende do artigo 132, parágrafo único, do diploma legal retromencionado.

Destarte, sua participação não será de um mero expectador. Caberá ao juiz adotar uma postura ativa na seara processual, atuação essa que não viola o princípio da imparcialidade ou o princípio dispositivo, pois o magistrado figuraria parcial, certamente, se percebesse uma situação de desigualdade no processo e persistisse inerte.

Sobre o tema, com peculiar pertinência, elucida a doutrina:

[...] a melhor forma de, em casos tais, preservar a imparcialidade do magistrado é submeter as provas que vieram ao autos por sua iniciativa própria à apreciação, em contraditório, de ambas as partes, para que elas

participem e influam no seu convencimento a partir daqueles elementos concretos. Além disso, a motivação das suas decisões é também uma mostra da sua imparcialidade, afastando-se, com isso, a possibilidade de o magistrado, por motivo de for íntimo, tentar beneficiar esta ou aquela parte.¹⁰

Ainda com fulcro nos ensinamentos doutrinários, transcreve-se a lição de Alexandre Freitas Câmara sobre o tema em epígrafe:

A possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício está intimamente ligada à evolução do direito processual, que não mais admite um juiz passivo. Exige-se um julgador participante, que dirija realmente o processo, determinando a prática de todos os atos que se façam necessários para que a prestação jurisdicional passe a se dar da melhor forma possível. Assim é que a determinação judicial para que se produza certa prova não deve ser considerada como meramente complementar da atividade das partes, cabendo afirmar que o juiz é inteiramente livre, desde o início do processo, e sejam as partes atuantes ou não neste sentido, para determinar a produção dos meios probatórios necessários à formação de seu convencimento.¹¹

Para nortear a sua atuação, figura a Constituição Federal em um patamar destacado, sendo fácil a percepção da sua localização ao se imaginar o ápice de uma pirâmide, representando esta o ordenamento jurídico, conforme já vislumbrado por Hans Kelsen:

Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-

ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹²

Sendo assim, em todo ato de aplicação do direito infraconstitucional, necessariamente se fará um controle de constitucionalidade, explícita ou implicitamente, verificando-se se a norma é constitucional, em decorrência da supremacia e da rigidez constitucionais.

Isto porque, de um lado, consoante já mencionado, a supremacia consiste na posição superior da Constituição, figurando como fundamento de validade de todas as outras normas, enquanto que, de outra banda, para manutenção da supremacia constitucional, as suas normas devem ter um processo de elaboração mais complexo do que o adotado para as normas infraconstitucionais.

Além disso, consoante destaca a doutrina constitucional, é até mesmo possível a realização de declaração de nulidade parcial da norma sem redução de texto, para as hipóteses em que a lei pode ser válida para certo número de casos e inválida em relação a outros.

Em consequência, constata-se a importância do movimento na seara jurídica que reforça a correta interpretação do ordenamento jurídico, exigindo-se a utilização do filtro constitucional para selecionar o diploma legal que, efetivamente, tem permissão para reger as relações sociais.

Por sua vez, o processo civil não poderia permanecer alheio a tal transformação, reconhecendo-se a força normativa da Constituição, cuja eficácia deverá ser imediata, inclusive independentemente, em certos casos, de intermediação legislativa.

Reconhece-se, também, a eficácia normativa dos princípios, sem olvidar o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional. Ainda no bojo da transformação em epígrafe, consagraram-se os direitos fundamentais.

Passou-se a intitular de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo a nova fase do pensamento jurídico, com aplicação dos reconhecimentos já listados e, em especial no processo civil, denominou-se de neoprocessualismo, destacando-se a *“importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual”*, nas palavras de Fredie Didier Jr.¹³

Ainda nesta esteira, elucida o ilustre doutrinador Vicente Higinio Neto:

O processo civil brasileiro, após a Constituição da República de 1988, não pode ser interpretado e aplicado sob a perspectiva do paradigma individual-patrimonialista do século XVIII e XIX. Com a Constituição e com a seleção pelo constituinte do modelo de Estado Democrático e Social de Direito, avança-se rumo a um socialismo democrático liberal concretizador dos direitos fundamentais, servindo o processo e suas normas como técnicas para o atingimento dos direitos e deveres consagrados na Constituição.¹⁴

Em artigo especializado sobre o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo, Eduardo Cambi ressalta o destaque da Constituição Federal no centro do ordenamento jurídico não somente em virtude da sua hierarquia, como também, pelas matérias disciplinadas, razão pela qual o processo terá seus fundamentos de validade na Lei Fundamental.

Segundo o autor, em decorrência da inevitável necessidade de evolução do direito, atualizando-se diante das complexas relações sociais, econômicas e políticas, torna-se necessária a adequação dos institutos jurídicos às novas situações, sob pena de frustrar o seu nobre escopo de pacificação social.

Por especial nobreza das assertivas, torna-se dever transcrever as lições de Eduardo Cambi:

A efetividade da Constituição encontra, pois, no processo um importante mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. A Constituição Brasileira

de 1988 não somente pela sua posição hierárquica, mas pela quantidade e profundidade das matérias que disciplinou, está no centro do ordenamento jurídico, não se podendo compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental. A expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “dever-seres” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas. O Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII. O pensar o Direito deve passar por um *aggionamento* para que sua *concretização*, para não ficar presa a institutos inadequados aos fenômenos contemporâneos, não se dissocie da realidade, frustrando seu escopo fundamental de abordar a condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, políticas e econômicas.¹⁵

O viés constitucional, portanto, deverá acompanhar o magistrado em todos os seus momentos de atuação.

4. A PROVA E O ÔNUS DA PROVA

Ventiladas as breves noções sobre Direito, processo, juiz e ordenamento jurídico, é inevitável a constatação de que, na junção de todos esses elementos, a prova tem a função de grande relevo.

Em apenas uma de suas facetas, prova é o resultado decorrente da atuação das partes, no intuito de convencer o magistrado da veracidade de suas alegações. Tal atuação, consistente no direito de provar, tem guarida constitucional, intitulado pela doutrina como direito fundamental à prova, decorrente do devido processo legal.

São os termos da ilustre doutrinadora Sandra Aparecida Sá dos Santos:

A garantia do devido processo legal torna-se efetiva na medida em que se exercita o contraditório entre os litigantes, com a finalidade precípua da busca da verdade real, por meio de amplo debate e sem restrições de alegação de fatos e de produção de provas.¹⁶

Em regra, a prova é a forma de ofertar ao processo a reconstrução dos fatos, que será avaliada pelo julgador, com subsequente subsunção às normas de Direito. É o que esclarece a doutrina:

Trata-se de instrumento vital para o processo, pois é por meio dela que, em regra, as alegações fáticas feitas pelo autor e pelo réu são avaliadas pelo julgador, reconstruindo-se a realidade que um dia as partes vivenciaram. São as provas que permitem ao juiz obter a premissa fática de sua decisão, o que representa metade do seu trabalho, pois, uma vez ciente da realidade dos fatos, bastará aplicar a eles as normas jurídicas pertinentes, proferindo uma solução à lide deduzida em juízo. É essencial, pois, que as provas sejam trazidas aos autos, pois, sem elas, julgar torna-se, na maioria das vezes, uma atividade inglória. Como decidir se o material necessário para que se conheçam os fatos da causa não estão à disposição do julgador.¹⁷

De outra banda, não se pode olvidar que, em determinadas situações, não há necessidade de produção da prova em juízo, a exemplo das hipóteses dos fatos notórios e dos incontroversos, excepcionadas pelo artigo 334 do Código de Processo Civil.

Além disso, caberá à parte que alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro demonstrar a sua vigência, caso determinado pelo juiz, desde já ciente que o direito municipal e o direito estadual correlatos à comarca do julgador não precisam ter a respectiva vigência comprovada, pois é dever do magistrado o seu conhecimento (artigo 337 do Código de Processo Civil).

A prova tem como destinatário o juiz, que é o integrante da relação processual responsável por, ao final da fase probatória, anunciar a sua

conclusão sobre o tema suscitado em juízo, declinando as razões de seu convencimento, com fulcro no conjunto probatório produzido nos autos.

Essa conduta decorre da adoção do sistema da persuasão racional, fruto da evolução do direito processual, que em outras fases não exigia a exposição de motivos pelo magistrado, ou, ainda, acolhia, exclusivamente, o sistema da prova tarifada, consoante precisamente esclarecido pro Ovídio Batista do seguinte modo:

Os sistemas probatórios modernos não seguem, como princípio prevalente, nenhum dos sistemas anteriormente descritos, nem o sistema de prova legal nem o seu oposto, o sistema do livre convencimento, e, sim, como diz Furno, um sistema *misto*, que aproveita ao mesmo tempo elementos dos outros sistemas. A esse sistema intermediário dá-se o nome de sistema da persuasão racional. O princípio da persuasão racional da prova, embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial. Fundamentalmente, impõe ao juiz a observância das regras lógicas e das máximas da experiência comum, considerando ilegítima, por exemplo, uma convicção que o juiz haja formado exclusivamente com base numa intuição pessoal, incapaz de ser demonstrada segundo regras lógicas e de senso comum.¹⁸

Não sendo a hipótese de julgamento antecipado da lide, o caminho percorrido durante o deslinde processual, especificamente sobre a atividade probatória, consiste na manifestação das partes sobre as provas que desejam produzir, justificando qual a finalidade da escolha, mediante explicação dos fatos que serão objeto.

Em seguida, o magistrado analisará sua pertinência, com subsequente deferimento ou não da produção, ponderando inclusive, se o meio eleito pela parte é o mais adequado ao processo. Caso deferida, advirá a produção da prova, culminando no ato de sua valoração pelo juiz.

Trata-se, portanto, de concretização do princípio do contraditório, decorrente do viés democrático sustentado pela Constituição, facultando

às partes a oportunidade de influenciar, efetivamente, no convencimento do magistrado em relação às afirmações realizadas.

Em consequência, a manifestação das partes, em regra, deverá ocorrer anteriormente ao pronunciamento decisivo pelo juiz. Somente será utilizado o contraditório diferido estritamente nas hipóteses necessárias, nas quais a prévia manifestação da parte terá o condão de frustrar a efetividade da medida requerida, a exemplo das medidas antecipatórias.

Já o princípio da igualdade se revela, em âmbito probatório, na concessão de paridade de armas às partes, que deverão ser dotadas de idênticos poderes de atuação, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

No concernente ao ônus da prova, o diploma legal processual, por sua vez, cuidou de fixar, de forma prévia, a sua distribuição, preceituando o artigo 333 do Código de Processo Civil, em seus incisos, a quem cabe o *onus probandi*, tendo como parâmetro a posição das partes na relação processual e a natureza da matéria alegada, *in verbis*: “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. [...]”.

O artigo reflete a adoção da teoria estática, fundada na premissa de que o ônus pertence ao titular da afirmação sustentada em juízo, não ofertando margem de discricionariedade ao magistrado para alterar a sua previsão. Portanto, independentemente das peculiaridades do caso concreto, o autor deverá comprovar o fato constitutivo do seu direito, nada advindo em prejuízo do réu caso permaneça inerte e mesmo que este seja o detentor de melhores condições de ofertar a prova ao juízo.

Sobre a natureza do ônus da prova, elucida o doutrinador Gildo dos Santos:

A palavra ônus significa encargo ou carga. Daí o princípio do ônus da prova ser conhecido, também, como princípio do encargo probatório ou da carga probatória. É do direito romano esse princípio, que chegou até o direito moderno, podendo ser traduzido com a expressão tão conhecida no mundo jurídico, segundo a qual a prova cabe a quem alega. De fato, o Código de Processo Civil dispõe que ao autor cabe o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto ao réu compete o ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, I e II).¹⁹

Trata-se de encargo atribuído a uma das partes, conceito esse que difere de uma obrigação, pois a omissão da parte titular do ônus não enseja a cobrança de um direito pela parte diversa, nem configura ato ilícito.

Além disso, o ônus não se confunde com a faculdade nem com o dever processual, vez que aquela configura a possibilidade de opção da parte, em relação à qual o sistema é indiferente à posição selecionada, enquanto que o dever processual tem natureza permanente, não sendo suprimido com o respectivo cumprimento.

Por flagrante pertinência, torna-se indispensável a transcrição dos eternos ensinamentos doutrinários de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes:

Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega em juízo possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Deve-se, porém, fazer, desde logo, uma distinção preliminar entre ônus e *obrigação*. A parte a quem incumbe produzir a prova não tem qualquer obrigação de fazê-lo, no sentido de que o não cumprimento dessa suposta obrigação pudesse ser considerada como uma conduta ilícita. Se não a produzir, sofrerá as desvantagens processuais decorrentes de sua omissão, embora não esteja obrigada, como é natural, a usufruir das vantagens processuais que o cumprimento desse encargo lhe traria. Não se trata, certamente, de uma obrigação porque não pode haver obrigação sem um direito correlato, e ninguém tem direito a que outrem faça prova de fatos que lhe digam respeito.²⁰

A distribuição do ônus da prova imputa ao autor ou ao réu determinado encargo, cuja respectiva consequência, caso não seja cumprido, somente poderá ser vislumbrada no momento do julgamento, apenas na hipótese de o juiz entender insatisfatório o conjunto probatório, para fins de atingir o grau de certeza necessário à prolação da sentença.

Por essa razão, o doutrinador Luiz Eduardo Boaventura Pacífico classificou o ônus da prova de imperfeito e incompleto, na medida em que caso seja exercido de modo insuficiente poderá ser suprido, seja pela atuação de ofício pelo magistrado, determinando a produção da prova,

seja pela parte contrária, que poderá trazer aos autos provas que lhe sejam desfavoráveis.²¹

Cuida-se, na verdade, de meio de solução concedido ao juiz que, diante da insuficiência da prova, não quedará inerte no seu dever de pacificar a querela suscitada, considerando que o ordenamento proíbe o *non liquet* (recusa de julgamento por falta de certeza quanto aos fatos).

Caberá ao juiz apontar como vencido aquele que possuía o ônus de comprovar e não se desincumbiu satisfatoriamente, corroborado pela deficiência do conjunto probatório. Daí se constata o caráter objetivo ou material do ônus da prova, como regramento destinado ao magistrado, para fins de auxiliar o seu difícil dever de sentenciar.

Por outro lado, tal aspecto objetivo ou material do ônus da prova não excluiu a outra face da mesma moeda, consistente na feição subjetiva ou formal, correlata a sua destinação às partes que, desde momento prévio à propositura da ação, já têm ciência do conteúdo da norma de distribuição do ônus da prova.

Relativamente à dupla perspectiva do ônus da prova (ônus objetivo e ônus subjetivo), veja-se a doutrina de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

[...] ônus objetivo é uma das denominações atribuídas ao aspecto essencial do ônus da prova, encarado como regra de julgamento – autorizando o pronunciamento judicial sobre o mérito, mesmo diante de um resultado instrutório insuficiente para a formação da convicção do juiz. 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.²²

Sobre a distribuição do ônus da prova, torna-se necessário consignar que se trata de regra de julgamento, cuja aplicação somente ocorrerá no momento de prolação da sentença e, consoante acima especificado, apenas em caso de insuficiência do conjunto probatório para o convencimento do juiz.

Tanto que, uma vez convencido o juiz da verdade ou não das assertivas das partes, diante da satisfação decorrente das provas produzidas, não há

pertinência em ser verificado a quem pertencia o ônus da prova, nem ser identificado o responsável pela oferta da prova aos autos.

Em consequência, não terá o juiz o dever processual de anunciar, seja no recebimento da inicial, seja no despacho saneador, seja em qualquer outra fase diversa da sentença, a quem cabe o ônus da prova em decorrência da norma estática contida no artigo 333 do Código de Processo Civil, porquanto antes mesmo do ingresso da ação já é do conhecimento de todos a distribuição abstrata do ônus, refletindo a sua faceta subjetiva, conforme acima mencionado.

Portanto, não se acolhe a corrente doutrinária sustentadora da sua natureza de regra de atividade, destinada às partes, determinando que o magistrado, em momento anterior à instrução, deveria anunciar a titularidade do ônus da prova, criando para o juiz o desnecessário dever processual de, em toda a demanda, repetir nos autos o que já está previsto em lei e deve ser do conhecimento dos litigantes.

No sentido adotado no presente artigo, aponta a seguinte doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

As regras do ônus da prova não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de *juízo*, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.²³

Ainda no âmbito da regra estática do ônus da prova, observa-se a classificação doutrinária quanto à possibilidade de sua inversão, estabelecendo a inversão legal ou judicial.

Sobre o alcance da inversão, elucida Sandra Aparecida Sá dos Santos: “[...] *falar-se de inversão é exatamente não observar a ordem, ou invertê-la, o que já revela colocar de modo diverso do previsto em lei, sem que, todavia, signifique falta de ordem ou desordem*”.²⁴

Sendo assim, aponta-se como inversão legal a hipótese legislativa que fixa o ônus da prova de forma diversa à preceituada no artigo 333 do Código de Processo Civil, a exemplo da determinação contida no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), *in verbis*: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Neste tocante, conforme sabiamente salienta o doutrinador Fredie Didier Jr., não haveria motivo para se sustentar que se trata de “inversão” do ônus da prova. Nada foi invertido, pois em toda relação jurídica em que a querela se subsumir ao dispositivo acima transcrito, o ônus da prova pertencerá ao patrocinador da informação ou comunicação publicitária. É uma regra prevista em lei. São as palavras do doutrinador baiano:

Visível é que não há aí qualquer inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC.²⁵

De outra banda, segundo a doutrina, intitula-se de inversão judicial a hipótese em que caberá ao magistrado a imputação do ônus da prova exatamente em sentido contrário ao preceituado em lei, por figurar a parte adversa em melhores condições de produzi-la, sendo esse poder previsto em lei.

Sendo assim, tendo como regra a atribuição do ônus da prova ao autor, o juiz poderá, aplicando a inversão, imputar o ônus ao réu, por entender mais adequado ao deslinde do feito. A lei não inverte a regra, apenas faculta que o juiz o faça, uma vez presentes os requisitos legais. Como exemplo desta espécie de ônus, aponta-se o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A doutrina esclarece, pertinentemente, que não existe um direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova, vez que o diploma legal consumerista lhe assegurou a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, figurando a inversão, apenas, como um instrumento que poderá ser utilizado para a promoção de tal mister, desde que presentes os pressupostos legais.

Indo além, o Código de Defesa do Consumidor assegura a facilitação da defesa do seu direito, não sendo tal medida uma garantia de que o consumidor sairá vencedor da demanda, pois não há concessão de privilégio para que vença a demanda. Há, acertadamente, uma facilitação para a produção da prova nos autos, razão pela qual a medida não desmerece o princípio da igualdade, na esteira do que foi sustentado pela doutrinadora Sandra Aparecida Sá dos Santos, em sua obra já citada no presente artigo.²⁶

A inversão legal ou judicial não foi sustentada pelo Código de Processo Civil, limitando-se a preceituar a possibilidade de distribuição

convencional do ônus da prova pelas partes, desde que não recaia sobre direitos indisponíveis, nem torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, conforme dispõe o artigo 333, parágrafo único.

Enfim, à exceção da convenção acima mencionada, o Código de Processo Civil não preceituou qualquer outra possibilidade de distribuição do ônus da prova, a não ser a regra estática prevista no artigo 333.

Ocorre que, consoante acima anunciado, toda legislação infraconstitucional tem a sua aplicação condicionada à ultrapassagem pelo filtro constitucional. Em outras palavras, no momento da análise dos pleitos de produção probatória, o juiz não se desvincula do seu dever de observância ao princípio da igualdade, sob pena de desobediência ao comando constitucional.

Conseqüentemente, em certas oportunidades, o magistrado se depara com a convicção de que, caso aplicado o preceito contido no artigo 333 do Código de Processo Civil, que foi suficiente para solucionar outras querelas, estará violando, claramente, o princípio da igualdade, conforme salienta a doutrina:

[...] em algumas situações específicas as regras abstratas e estáticas de distribuição do ônus da prova, inflexíveis e rigidamente aplicadas do modo como positivadas no art. 333 do CPC, muitas vezes inviabilizam o reconhecimento do próprio direito de um dos litigantes integrantes da relação jurídica processual.²⁷

Ainda sobre o tema, torna-se indispensável a transcrição dos ensinamentos do doutrinador Vicente Higinio Neto:

[...] o art. 333, do CPC, não consegue mais satisfazer às exigências de um Estado Democrático e Social de Direito, sustentado pelo regime republicano; pelo princípio da igualdade substancial; pela imperiosa noção dos escopos a que a prestação jurisdicional está adstrita; pela noção de equilíbrio entre princípios dispositivo e inquisitivo e da instrumentalidade do processo para a concretização de direitos e deveres, destacadamente direitos e deveres constitucionais fundamentais.²⁸

Em situações dessa magnitude, certamente de modo excepcional e imprescindível, deverá o juiz conscientizar-se do seu papel social e oferecer ao processo o que o ordenamento jurídico tem de mais sagrado: uma tutela jurisdicional justa, com tratamento das partes na exata medida das suas desigualdades.

5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Certamente com o intuito de promover o deslinde processual em harmonia com o princípio constitucional da igualdade, surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, consistente na ideia de que o ônus da prova incumbirá a quem tenha no processo a melhor condição de se desincumbir do mesmo, seja técnica ou financeiramente.

Nos limites hodiernamente concebidos, com caráter subsidiário à teoria estática, sua origem é atribuída ao jurista argentino Jorge Walter Peyrano. De outra banda, o cerne da teoria, correlato à solidariedade entre as partes na produção das provas, segundo a doutrina, já era percebido na doutrina de Bentham e Demogue, consoante descreveu Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

Bentham baseia a sua doutrina num dos princípios que Bar e Laband afirmaram ter acolhida no direito bárbarico, observando que, no sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo. [...] A teoria de Demogue – segundo a qual, na produção das provas, deveria prevalecer a solidariedade entre as partes [...]. O critério de atribuir o ônus à parte que se apresente em melhores condições de produzir a prova não é nado novo. [...] O que de novo contém a doutrina do ônus dinâmico é utilizar o aludido princípio de forma subsidiária e suplementar – se e quando os critérios distributivos gerais conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto.²⁹

Segundo a teoria em epígrafe, para a distribuição do ônus da prova, a ser realizada conforme as peculiaridades do caso concreto, não importará se o onerado figura como autor ou réu, nem se a afirmação objeto da prova tem natureza constitutiva, modificativa, impeditiva ou extintiva do direito do autor. Ao perceber que a prova de determinada alegação poderá ser mais facilmente trazida ao mundo processual por determinada parte, a ela será atribuído o respectivo encargo.

Caberá ao magistrado, diante da situação concreta, identificar a quem deverá pertencer, por força do princípio da igualdade, o ônus da prova em determinada ação, consoante define a doutrina de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

A doutrina do ônus dinâmico da prova desenvolveu-se a partir da constatação de que, em determinadas situações concretas, a aplicação das regras gerais de distribuição do ônus da prova – fundadas quer na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos), quer em teorias mais modernas que cuidaram de aprofundar tais critérios (v. item supra) – pode conduzir a situações claramente injustas. Por isso, a fim de buscar a justiça no caso concreto, por vezes a jurisprudência abranda a aplicação dos princípios distributivos legalmente estabelecidos.³⁰

Difere da teoria estática adotada pelo Código de Processo Civil, porquanto não há uma definição *a priori* do titular do ônus probatório, cabendo ao juiz, norteado pela inevitável dinâmica do caso concreto, definir quem tem a melhor condição de promover a produção probatória, conforme esclarece Vicente Higinio Neto:

A essa concepção tem-se denominado “dinâmica”, pela mobilidade para se adaptar a casos particulares. A denominação se opõe uma ideia estática, igual para todas as hipóteses, sem atender a circunstâncias especiais. Assim, assume relevo a ideia de solidariedade, de colaboração das partes na etapa probatória do processo, sem sujeição a regras rígidas, que fazem recair todo o peso num ou noutro demandante.³¹

Também não parece sensato asseverar que tal teoria foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, pois o regramento consumerista, em sua essência protetiva, não concede maiores poderes de verificação ao magistrado, de que modo, uma vez presente a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança dos fatos alegados, deverá ser imputado o ônus da prova ao fornecedor, configurando a inversão do ônus da prova.

Por tal razão, a teoria em comento não corresponde ao instituto de inversão do ônus da prova, pois o magistrado não atribuirá o encargo exatamente à parte adversa à prevista na regra geral. O ônus da prova será atribuído a quem se apresente mais apto a demonstrar determinado fato em juízo, independentemente do conteúdo da norma estática.

Veja-se a doutrina harmônica ao entendimento ora sustentado, nos termos de Artur Carpes:

[...] o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto. A proposta em torno do termo 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. Vale dizer, não se pode dinamizar o ônus da prova para simplesmente transferir o encargo diabólico para a outra parte. Assim, a dinamicização significa 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 da sua respectiva natureza, enseja a vedação ao direito fundamental à igualdade substancial das partes e do direito fundamental à prova.³²

Além disso, não deve ter aplicação restrita a determinado ramo da ciência jurídica, pois o consumidor não é o único a merecer tal tratamento igualitário. Há um comando constitucional de aplicação do princípio da isonomia na relação processual, devendo ser promovida a sua concretização em sentido material, cabendo ao juiz assegurar sua observância, independentemente da natureza da relação de direito material.

Neste sentido, destaca o doutrinador Paulo Rogério Zaneti:

Ocorre que a situação de disparidade de armas, de desigualdade probatória, enfim, de extrema dificuldade para uma das partes comprovar suas alegações e desincumbir-se de seu ônus probatório, não é exclusiva da relação jurídica consumerista. Pode-se verificar em qualquer outra relação de direito material, especialmente naquelas de natureza civil, encontrando-se um dos litigantes, nesse caso, na mesma situação que mereceu proteção especial por parte do legislador infraconstitucional.³³

A jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça ratifica tal assertiva, anunciando a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no trâmite da ação monitória, que ora se transcreve, com consignação de grifos:

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

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

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

apresentado como prova da existência do crédito.

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

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

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

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

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.³⁴

Como exemplo da aplicação da teoria, vislumbra-se a possibilidade de, em algumas demandas alimentícias, especificamente quanto à prova de alguns fatos específicos, referentes à possibilidade de prestação dos alimentos pelo alimentante, atribuir a este o ônus de demonstrar sua renda, quando ao mesmo soar mais adequado a concessão da informação ao processo, aliado à impossibilidade ou à grande dificuldade de acesso aos dados pelo alimentando.

Nesta seara, a prática demonstra que alguns alimentantes têm o intuito de omitir ao juízo provas correlatas à sua possibilidade financeira, certos de que a falta de comprovação será imputada em prejuízo do alimentando, por ser fato constitutivo do direito deste, em virtude da aplicação da norma abstrata contida no artigo 333, do Código de Processo Civil.

Porém, em uma medida de igualdade substancial, respeitando as limitações do alimentando, torna-se justa a distribuição dinâmica do ônus da prova quando se mostrar necessária, para fins de promover a igualdade substancial entre as partes, atribuindo ao alimentante o encargo de demonstrar em juízo a sua condição financeira, sob pena de arcar com o prejuízo caso o conjunto probatório seja insuficiente.

Ainda a título de exemplo, persistindo na seara do Direito de Família, a teoria em comento terá terreno fértil nas ações de dissolução de união estável, especificamente no tocante à repartição dos bens.

Vislumbra, ainda em esfera prática, a sensatez na aplicação da teoria em estudo nas demandas coletivas referentes ao Direito Ambiental, nas quais as empresas apontadas como poluidoras poderão ter melhores condições de ofertar a prova ao juízo.

Em consequência do conteúdo da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e em lealdade à adoção da supremacia da Constituição Federal, que preceitua o princípio do devido processo legal, trata-se de regra de atividade, ou seja, caberá ao magistrado, antes do início da fase probatória, anunciar a quem pertence o ônus da prova.

Nessa esteira seguem os ensinamentos multicitados de Fredie Didier Jr.

Ademais, essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já salientado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade, e, não, de julgamento.³⁵

Isto porque não poderá a parte ser surpreendida diante do conteúdo de uma sentença que lhe seja desfavorável, na qual lhe foi imputado o ônus da prova e reconhecida a sua omissão, sem a prévia oferta de

oportunidade para influenciar no entendimento judicial, com anterior ciência de que a omissão se voltará em seu prejuízo, ocasionando uma surpresa processual, incompatível com a previsão constitucional do devido processo legal.

Em sentido contrário, poderia se sustentar que se trata de regra de julgamento, pois a parte deve atuar de modo ativo, produzindo toda a prova que lhe foi possível, devendo arcar com sua conduta omissiva, caso o magistrado perceba que era capaz de produzir.

Data venia, tal fundamento não deve prosperar, porquanto o dever de lealdade processual também deve ser observado pelo magistrado, evitando surpresa em desfavor de qualquer das partes. Não se trata, portanto, de fomentar a postura da parte que, apta a produzir a prova, persistirá inerte caso não lhe pertença o ônus.

Torna-se necessária uma alta sensibilidade do magistrado, que deverá detectar a parte que tem melhor condição de conduzir a prova aos autos, não podendo tal constatação ser anunciada somente na prolação da sentença.

É o posicionamento do doutrinador Vicente Higinio Neto:

Importante frisar que ao lado dos princípios da solidariedade, da cooperação e da boa-fé, a serem observados pelas partes, também incidem para o juiz os princípios da legalidade, da motivação, da igualdade substancial, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da adequação e da efetividade da medida, o que significa dizer que poder discricionário do magistrado ao adotar tal teoria está obrigado à observância desses princípios.³⁶

Ademais, qualquer conduta temerária das partes poderá ser penalizada pela condenação em multa, decorrente da configuração da litigância de má-fé (artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil), demonstrando que o ônus da prova não figura no ordenamento jurídico como instrumento punitivo à conduta omissiva das partes, embora se esteja consciente de que muitas vezes o réu se omite, não ofertando a prova aos autos, certo de que o ônus pertence ao seu adversário, que restará derrotado por não comprovar o fato constitutivo do seu direito.

Frise, também, que se deve ter cautela na aplicação da teoria em análise, evitando-se que a prova cuja produção é impossível para uma das partes tenha seu ônus, simplesmente, transferido para a parte adversária, numa manifesta violação do princípio da igualdade, não sendo esse, certamente, o intuito da distribuição dinâmica do ônus.

São os termos doutrinários:

É preciso deixar claro, porém, que a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus. Trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria. Exatamente porque a existência de prova diabólica a autoriza, a redistribuição do ônus da prova, in concreto, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.³⁷

Além disso, uma vez fixada o ônus da prova com fulcro em tal teoria, não se deve olvidar que a parte produtora da prova, por ser parcial relativamente ao desfecho do processo, batalhando pela vitória na lide, transferirá a sua parcialidade ao ato de produção, contaminando a prova com o seu escopo pessoal, razão pela qual caberá ao magistrado, como presidente da instrução e destinatário da prova, identificar tais influências e considerá-las no momento da valoração do conjunto probatório.

A teoria em epígrafe também reflete, por justiça, na responsabilidade pelo custeio da prova, de modo que, uma vez determinado a quem pertence o ônus probatório, soa coerente fixar o respectivo ônus financeiro, especialmente no tocante às provas periciais.

Isto porque o ônus da prova engloba a produção, na qual se insere o custeio correlato, sob pena de injusta fixação parcial do encargo processual, incompatível com a finalidade da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Outro não é o entendimento doutrinário de Sandra Aparecida Sá dos Santos:

É que o ônus da prova engloba a produção e nesta, o custeio. Assim, na hipótese de ser determinada a inversão, o encargo referente à perícia é da parte que ficou com o ônus em decorrência da inversão; caso

contrário, teríamos uma inversão pela metade, o que é inadmissível, tendo em vista a finalidade da norma.³⁸

Por pertinência, transcreve-se o entendimento extraído de decisão do Superior Tribunal de Justiça que aponta no sentido do presente texto e, embora intitule a aplicação da inversão judicial do ônus da prova, exala a essência do entendimento ora sustentado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido.³⁹

Percebe-se, ainda, que a aplicação da distribuição dinâmica prescinde da existência de texto legal em legislação infraconstitucional, pois emana da aplicação dos princípios da igualdade e do devido processo legal, de natureza constitucional.

Com tal afirmação, não se sustenta a total desnecessidade de regra infraconstitucional. Não há que se deturpar a assertiva. O texto contido no Código de Processo Civil é útil ao magistrado para que conduza a sequência de atos processuais de acordo com o procedimento preceituado pela legislação. Ademais, também servirá para espancar qualquer dúvida quanto à aplicação do instituto, evitando-se discussões irrelevantes.

Por outro lado, para fim de promoção dos princípios da igualdade e do devido processual legal, o magistrado não agirá apenas se estiver autorizado pelo comando infraconstitucional, pois tais princípios podem e devem ser aplicados caso sejam adequados à concessão de uma tutela jurisdicional justa, independentemente de previsão no Código de Processo Civil, pois o magistrado, repita-se, não é um mero anunciador do texto legal.

Evidentemente com o intuito de concretizar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo ordenamento jurídico pátrio, tornando flagrantemente impertinente qualquer alegação judicial no sentido de que não há respaldo jurídico em sua acolhida e evitando perda de tempo para rechaçar tal sustentação, o Projeto de Código de Processo Civil adotou expressamente a teoria em epígrafe (Senado, Projeto de Lei n.º 166/10).

São os termos dos artigos correlatos:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório. [...]

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

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [...]

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

Acertadamente, inseriu-se tal teoria expressamente na seara infraconstitucional.

Isto porque, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem natureza subsidiária e suplementar, concedendo ao juiz o poder de imputar o ônus da prova a quem lhe figurar mais adequado, diante das peculiaridades do caso concreto, persistindo como regra a norma estática.

Neste sentido, acrescenta Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

A excepcionalidade da incidência da teoria em apreço significa que sua aplicação *não objetiva substituir os critérios tradicionais de repartição do onus probandi*, mas servir de princípio suplementar e subsidiário, para hipóteses especiais e claramente delineadas. [...] A repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia solução *excepcional e subsidiária*, que encontra espaço apenas e tão somente se as regras gerais de distribuição do *onus probandi* conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto. Na ilustrativa metáfora de Jorge W. Peyrano, a repartição dinâmica deve funcionar como uma “válvula de escape”, a ser utilizada somente *in extremis*, quando as regras tradicionais gerem consequências “claramente inconvenientes e iníquas”.⁴⁰

Ao apontar no projeto que o magistrado poderá atribuir o ônus da prova a quem entender pertinente, sem prejuízo da distribuição estática, percebe-se que o legislador pátrio procurará promover uma convivência pacífica entre as teorias estática e dinâmica, o que parece bastante razoável.

Esse convívio, aliás, já acontece hodiernamente, consoante ilustrou a jurisprudência acima transcrita.

Caso fosse imputado ao juiz, exclusivamente, o dever de fixar o ônus da prova, independentemente de regra estática, ele teria que se pronunciar em todas as ações no concernente ao ônus da prova. Tal necessidade não parece sensata, considerando o número de ações em trâmite e a busca pela celeridade processual.

Ademais, não se pode olvidar que a teoria estática resolve a maioria das demandas tratadas em juízo, porquanto não é sem motivo que permaneceu preceituada por inúmeros anos no ordenamento jurídico em sua forma pura e, embora provavelmente seja expressamente mitigada

pelo futuro Código de Processo Civil, ainda deverá regular a maioria das relações processuais.

Sendo assim, caso mantido o projeto na estrutura até então apresentada, na sistemática a ser adotada pelo Código de Processo Civil, em regra, persistirá a norma de julgamento, com natureza estática, imputando o ônus da prova de acordo com a posição da parte no polo da ação e com a natureza da alegação a ser comprovada.

Porém, na hipótese em que entender necessária, o magistrado utilizará a norma dinâmica de atividade, imputando à parte mais apta o ônus probatório, com anúncio prévio à fase instrutória, pois não poderá promover a igualdade e desmerecer o devido processo legal.

Sobre a adoção da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova pelo Projeto de Código de Processo Civil e suas consequência práticas, sustenta a doutrina de Rodrigo Klippel, na já citada obra específica sobre o projeto, em parceria com outros doutrinadores:

A dinamização do ônus da prova não é uma das “vedetes” do novo código de processo civil. Há outros temas muito mais “badalados”, mas que talvez não tenham o condão de resolver um problema tão sério quanto antigo no processo, que é dotar o juiz de melhores mecanismos para decidir com acerto. O destaque da modernidade é a velocidade. Sobre ela as atenções se concentram energicamente. Contudo, sou e sempre serei partidário da boa e velha segurança, e decisão justa significa isso. Por isso aplaudo de forma entusiástica o teor do art. 7º do Projeto de Lei do Novo CPC, que muitos outros benefícios poderá trazer ao processo mas, em especial, pelo fato de atribuir um novo caminho para um tema que, durante séculos, restou adormecido na condição de dogma: ônus da prova e a forma como se deve dividi-lo. Só resta desejar que o Código seja aprovado tal como se encontra – neste ponto – e que os homens saibam usar de forma adequada o excelente instrumento que receberão.⁴¹

Não se sustenta no presente artigo a alegação de que a concessão exclusiva de poder ao juiz, para fixação do ônus da prova, não foi acolhida

em sua integralidade por ausência de confiança na atuação do magistrado, evitando que seja o detentor exclusivo da imputação de tal encargo.

Ao revés, conforme já mencionado, tem-se plena ciência da nobre missão do juiz e de todos os poderes que o ordenamento jurídico lhe confere, inclusive, independentemente de previsão expressa em diploma legal.

Os motivos para a inclinação neste artigo pela aplicação conjunta das teorias, conforme anunciado no projeto de Código de Processo Civil, tem fundamento no princípio da celeridade e da adaptabilidade, de modo que o magistrado apenas deverá conduzir o processo de modo diverso do preceito estático quando perceber que a situação processual demanda tal aplicação dinâmica.

Além disso, caso tenha sido a ausência de confiança no juiz o móvel ensejador da adoção conjunta das teorias estática e dinâmica, o que desde já se lamenta, segue-se firme na certeza de que, uma vez publicado o texto legal, figurará somente a vontade da lei, abstraindo-se, por completo, o intuito do legislador.

6. CONCLUSÃO

A concepção do Direito como ciência social aplicada enseja a realização de trabalhos científicos dotados da intenção de contribuir com a melhora na concessão da tutela jurisdicional, mormente considerando que se trata do âmbito da ciência processual.

Do mesmo modo que a construção das normas enseja um trabalho de conhecimento das necessidades sociais, com o escopo de satisfazer, abstratamente, os anseios na normatização das relações, a aplicação do Direito tem a mesma finalidade, porém, em um aspecto concreto, concedendo a cada um dos requerentes a prestação que o ordenamento jurídico entende como justa.

Uma vez proibida, em regra, a concretização do direito resistido pelo seu próprio titular sem a intervenção estatal, para fins de aplicação do Direito, utiliza-se o processo como instrumento adequado a comportar o pleito da parte, garantindo a observância aos princípios do devido processo legal, da celeridade e da efetividade.

Nessa esteira, figura o magistrado com peculiar responsabilidade social, ciente dos seus deveres, a exemplo da observância constante aos comandos

constitucionais, harmônicos com os princípios regentes do ordenamento, a exemplo do princípio da igualdade.

Sendo assim, diante da acolhida da Constituição Federal em posição suprema no ordenamento jurídico, ensejando a utilização pelo magistrado do filtro constitucional para aplicação das normas, as regras processuais passam a ser aplicadas de modo condizente com o princípio da igualdade, não ficando a distribuição do ônus da prova alheia a tal viés constitucional.

Isto porque, em seara processual, a prova tem posição de relevo, porquanto ocasiona a oportunidade das partes de convencer o magistrado de suas alegações, no intuito de lograr êxito na prestação da justa tutela jurisdicional.

Portanto, para distribuição do ônus da prova, o Código de Processo Civil estabeleceu o regramento estático de distribuição que, embora adequado à solução de algumas demandas, não se mostra suficiente a regular todas as relações processuais, porquanto se percebe que, em certas hipóteses, sua aplicação fere o princípio constitucional da igualdade.

Eis que surge a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser utilizada de modo subsidiário à teoria estática, ofertando ao juiz a possibilidade de atribuir o ônus da prova a quem figure no processo em melhores condições de contribuir para a construção do conjunto probatório.

Para a aplicação de tal teoria, o magistrado não estará adstrito à condição da parte de autora ou ré, nem a natureza da alegação, ou seja, independe de ser constitutiva, extintiva, impeditiva do direito do autor.

Trata-se, portanto, de necessidade de adequar as regras processuais às peculiaridades de cada processo, intitulado-se a doutrina de princípio da adaptabilidade, elasticidade ou adequação formal do processo.

É um instrumento que confere ao juiz poderes necessários à concessão de uma tutela jurisdicional justa, pois o processo é o instrumento de concretização do direito material, razão pela qual a ausência de possibilidade de distribuir de forma justa o ônus da prova compromete o alcance do direito pelo seu beneficiário.

Além disso, sua utilização não deverá ser adstrita a determinado ramo do direito, porquanto o processo tem o escopo de concretizar o direito material de forma justa, concebendo-se este como oriundo de qualquer natureza jurídica, seja ela civil, consumerista, ambiental, entre outras.

Tanto é assim que se vislumbra terreno fértil para sua aplicação nas

relações processuais entre alimentando e alimentante, no tocante à demonstração da possibilidade deste de prestar os alimentos requeridos, bem como nas dissoluções de união estável, na disputada seara da de divisão do patrimônio, sem olvidar as demandas coletivas concernentes ao Direito ambiental.

Por outro lado, é indispensável, como em todo exercício de qualquer dever, a atuação com cautela pelo magistrado, porquanto, em algumas hipóteses, a produção da prova é inalcançável por ambas as partes, de modo que a entrega do ônus à outra parte, independente da regra geral, poderá ensejar injustiça processual.

A teoria em epígrafe reflete, também, na determinação do responsável pelas despesas processuais, porquanto a produção da prova inclui o seu custeio, razão pela qual uma vez apontado a quem pertence o ônus da prova, a este também pertencerá o dever de custeios das despesas para a respectiva produção, medida indispensável especialmente no tocante ao financiamento das perícias judiciais.

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, inclusive, foi adotada pelo Projeto de Código de Processo Civil, numa manifesta demonstração de que o legislador pátrio está em harmonia com a onda neoprocessual que atinge atualidade.

No presente artigo, destarte, cuidou-se de ressaltar a utilização de instrumentos processuais harmônicos com os princípios constitucionais, para fim de concessão de uma tutela jurisdicional justa. Não se trata, consoante de há muito tem ciência, de atuar o magistrado como mero aplicador da norma processual infraconstitucional.

Deverá o juiz atuar consoante o seu papel social, extraindo do ordenamento jurídico a solução adequada e célere para as demandas processuais, inclusive independentemente de previsão legal, desde que em coerência com os princípios constitucionais vigentes.

Ao longo desse trabalho, percebeu-se que o Direito busca, incessantemente, acompanhar as alterações sociais, adequando-se às necessidades dos seus destinatários, atualização essa que deverá ser atendida por todos os ramos jurídicos, não podendo a teoria geral da prova, conseqüentemente, permanecer alheia a tal tendência social.

Buscou-se, portanto, com a presente construção científica, despertar na seara processual civil a importância da distribuição dinâmica do ônus da

prova, em flagrante concretização do princípio constitucional da igualdade. Afinal, mais do que mero anunciador das regras e princípios jurídicos, o ordenamento jurídico é instrumento de pacificação social, com o intuito de assegurar a existência do Estado Democrático de Direito, com garantia efetiva e célere da concretização dos direitos dos seus integrantes.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 40. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/10264/a-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-direito-processual-civil-brasileiro>>. Acesso em 22/08/2012.

BESTER, Gisela Maria. **Cadernos de Direito Constitucional: Parte I, Teoria Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo et al. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

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

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual**. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de Direito Processual**. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodium, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**. Técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da prova**. Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLIPPEL, Rodrigo et al. **O Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOUZALAS, Rinaldo. **Processo Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da Prova**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2.ed.

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Artur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOTAS

1 AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 40. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

2 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 23.

3 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, 19/20.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 8-9; 139-141.

5 *Op. cit.*, p. 228/229.

6 *Op. cit.*, p. 149.

7 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 82.

8 SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 39/40.

9 *Op. cit.*, p. 28;32.

10 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 25.

11 *Op. cit.*, p. 155/156.

12 KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 246/247.

13 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 32.

- 14 HIGINO NETO, Vicente. Ônus da prova. Curitiba: Juruá, 2010, p. 117.
- 15 CAMBI, Eduardo et al. Leituras Complementares de Processo Civil. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 235/236.
- 16 *Op. cit.*, p. 91.
- 17 KLIPPEL, Rodrigo et al. O Projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2011, 344.
- 18 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 275.
- 19 SANTOS, Gildo dos. A prova no Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 40.
- 20 *Op. cit.*, 270/271.
- 21 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da Prova. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 174.
- 22 *Op. cit.*, p. 149/150.
- 23 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 79.
- 24 *Op. cit.*, p. 58.
- 25 *Op. cit.*, 83.
- 26 *Op. cit.*, p. 62/63.
- 27 ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.
- 28 *Op. cit.*, 78.
- 29 *Op. cit.*, 95, 105 e 224/225.
- 30 *Op. cit.*, 222/223.
- 31 *Op. cit.*, p. 114.
- 32 *Op. cit.*, 116/117.
- 33 *Op. cit.*, p. 162.
- 34 REsp 1084371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011.
- 35 DIDIER JR., Fredie et al. Curso de Direito Processual. Vol. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, 102/103.
- 36 *Op. cit.*, p. 117.
- 37 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual. Vol. I. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 101.
- 38 *Op. cit.*, p. 70/71.

39 REsp 1049822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

40 *Op. cit.*, p. 225/226.

41 *Op. cit.*, p. 352/353.