XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-351-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); MODELOS DE JUSTIÇA

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;

3 - Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;

4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua consequente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;

6 - Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;

7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus consequentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Lívia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS "PRECEDENTS" DO "COMMON LAW" (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de "jurisprudências defensivas" nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação Stricto Sensu, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Universitá Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC /2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO.

THE THEORY OF DYNAMIC LOAD OF THE EVIDENTIAL BURDEN AND THE ART. 373, §1º (NEW CIVIL PROCEDURE CODE): CRITERIA FOR THE APPLICATION

Juliano Colombo [1]

Resumo

O presente estudo passa, inicialmente, pela configuração do direito à prova como um direito fundamental. Aborda, posteriormente a teoria da carga dinâmica do ônus probatório, iniciando o aprofundamento a partir do conceito de ônus da prova. O presente ensaio reflete e propõe critérios para a aplicação do ônus da prova dinâmico, passando pela definição dos modelos de constatação e pelo postulado normativo da proporcionalidade. Por fim, o estudo analisa o reflexo da teoria dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil.

Palavras-chave: Direito fundamental à prova, Teoria dinâmica do ônus da prova, Novo código de processo civil, Modelos de constatação, Proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The following study first analyses the configuration for the right to evidence as a fundamental right. It further addresses the theory of dynamic load of the evidential burden, starting from deepening the concept of burden of production. This essay reflects and proposes criteria for the application of the dynamic burden of production observing the definition of standards and the normative principle of proportionality. Finally, it analyses the impact of the dynamic theory of the burden of production on the new civil procedure code.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental right to evidence, Dynamic theory of the burden of production, New civil procedure code, Standards, Proportionality

[1] Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito na PUC-RS. Área de Concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo. Professor Universitário. Advogado

1. Introdução

O art. 373, §1º da Lei 13.105/2015 inseriu no sistema, de modo tipificado, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório. Cumpre afirmar que referido estatuto processual não cria um instituto novo no ordenamento jurídico, dado ser tema já conhecido e explorado pela doutrina, antes mesmo da vigência da nova lei processual. Como objetivo da presente pesquisa, propõe-se encontrar a adequada sistematização e o conteúdo mínimo para a correta interpretação e aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório, conferindo segurança jurídica ao sistema processual, tendo como referencial o resguardo e a realização dos direitos fundamentais das partes. Neste contexto, o presente estudo inicia pela consideração de ser o 'direito à prova' um direito fundamental, não expresso na Constituição Federal, mas elevado a partir de uma construção interpretativa. Na sequência, importa analisar o conceito de ônus da prova, bem como as bases de definição da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Por derradeiro, o presente estudo finaliza como a análise do art. 373, §1º do Código de Processo Civil de 2015, propondo critérios e fundamentos para a sua correta utilização, em especial, com a utilização do postulado normativo da proporcionalidade. No presente ensaio é utilizado o método dialético de abordagem, por ser contrário à rigidez de conhecimento e mais consentâneo com a argumentação consistente e às constantes mudanças, próprio de um tema pautado por uma nova legislação processual e permeado por consistente pesquisa bibliográfica.

2. Há um 'direito fundamental à prova'?

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, inciso LVI a proibição de utilização no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, sem referir propriamente acerca da existência de um 'direito fundamental à prova'. Entretanto, é notória a existência de direitos fundamentais que não estão expressos no texto constitucional, derivando de um apropriado esforço hermenêutico, em um ambiente materialmente aberto de direitos fundamentais no ordenamento constitucional brasileiro.[1] Ainda, a Constituição Federal não '*adotou o princípio da tipicidade dos direitos fundamentais*'[2], ficando clara a visualização de outros direitos fundamentais além daqueles expressamente previstos, tal como direito à prova, vinculado diretamente às garantias de ação e defesa das partes. Em outras palavras, como exercer o contraditório em sua dimensão substancial com seus '*meios e recursos*', no direito de influenciar a decisão, bem como a ampla defesa, sendo tolhido do direito de produção probatória? Está-se diante de uma *'das garantias processuais da ação, da defesa, e do contraditório"*.[3]

Nesta linha, o 'processo justo'[4] se desenvolve a partir do exercício dos direitos fundamentais das partes, em especial, aqui tratado, o direito fundamental à prova.[5] Referido direito fundamental pode ser reconhecido, ainda, por uma interpretação à *contrario sensu* da proibição da utilização da prova ilícita, isto é, sendo vedada a prova ilícita, podemos concluir pela existência de um 'direito fundamental à prova lícita'.[6] Conclui-se portanto, diante da fundamentalidade do direito à prova, que o intérprete e o legislador infraconstitucional, imprimiram à prova um tratamento jurídico diferenciado e qualificado, próprio dos direitos fundamentais. Feitas estas considerações, iniciais, passa-se ao conceito de ônus da prova.

3. Conceito de Ônus da Prova

Dada a natureza fundamental do 'direito à prova', reflexos são prospectados para todo o ordenamento jurídico. Nesta linha, tanto as disposições legislativas, quanto a definição conceitual sobre o ônus probatório deverão guardar estrita observância ao sistema constitucional, sob pena de não conferir a eficácia e amplitude necessária ao instituto.

Conceituando o ônus da prova, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico cita Hernando Echandía, em sua obra '*Teoria general de la prueba judicial'*[7], assim referindo:

> Eis o conceito de ônus cunhado por Echandía, que considera todos os caracteres acima mencionados: 'Poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis'.[8]

Estabelecendo o conceito de encargo probatório, a definição dada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, esclarece a existência de um interesse da parte, que possui o ônus probatório de evitar a situação de desvantagem, senão vejamos:

> Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância. Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato.[9]

Gian Antonio Micheli em sua obra *L'onere della prova*, vincula o ônus probatório à proibição do *non liquet*, senão vejamos:

> *Il giudice deve giudicare in ogni caso, non solo quando la legge si mostri oscura e lacunosa, ma pure quando manchino gli elementi di fato necessari per formarei l próprio convincimento. Tale dovere, che gli deriva dalla sua stessa natura di organo statuale, esercitate la funzione giurisdizionale, integra uno dgli aspetti essenziali della funzione stessa*.[10]

Com grau de certeza, pelo embasamento doutrinário, pode-se afirmar que não existe propriamente um 'dever'[11] de produzir a prova. Nesta perspectiva, no diálogo processual, próprio de um modelo colaborativo do processo [12], a parte poderá ver julgado procedente o seu pedido, mesmo sem qualquer prova produzida por ela. A prova produzida pela parte contrária poderá servir de fundamento para a sua própria condenação. Desta feita, conceituar o ônus da prova como um dever atribuído à parte de produzir a prova no processo, vai de encontro à autodeterminação dos litigantes, contrária *'a liberdade consagrada na garantia do acesso à Justiça, inscrita no art. 5.º, XXXV, da CF/1988'* [13]. Poder-se-ia chegar à equivocada conclusão de que, sempre que a parte não produzisse prova, teria seu pedido, necessariamente, desacolhido. A parte possui o dever de colaboração na atividade de instrução processual [14], de cooperação processual, mas não propriamente um dever de produzir prova nos autos. O princípio da comunhão da prova é fundamento que afasta do conceito do ônus da prova a expressão 'dever'. Sobre a comunhão da prova, bem refere Barbosa Moreira, vejamos:

> Assim, essas regras, quando se aplicam, é porque já se fez tudo que se devia ter feito no sentido de conseguir a prova do fato. E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem. Nenhum juiz rejeita a prova do fato constitutivo, pela simples circunstância de ter sido ela trazida pelo réu. Nem rejeita a prova de um fato extintivo pela circunstância de, porventura, ter sido ela trazida pelo autor. A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o "princípio da comunhão da prova": a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência.[15]

Refutada a conceituação do ônus da prova como 'dever'[16], importa ter como base para a aplicabilidade do ônus probatório que ele será utilizado, como regra de julgamento, quando o julgador estiver em 'estado de dúvida', já que vedado o *non liquet.* Percebe-se, nesta ordem, a presença do encargo probatório submetido à parte, que será aplicado quando o juiz permanecer em estado de dúvida, sendo, nesta perspectiva, uma regra de julgamento.[17]

Feitas estas considerações acerca do conceito do ônus da prova, impende aprofundar a teoria da carga dinâmica probatória.

4. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova

O ônus da prova poderá ser analisado sobre a perspectiva da teoria estática, da inversão do ônus da prova estabelecida pela lei, da negociação processual típica, autorizada pelo art.

373, §3º do Código de Processo Civil, ou, ainda, pelo enfoque aqui tratado, na dimensão da dinamicidade.

Percebe-se nas ‘cargas dinâmicas probatórias’, o protagonismo do julgador, isto porque ele irá verificar, diante das peculiaridades do caso, qual parte possui maiores condições de provar determinado fato, seja em face de condições técnicas, fáticas ou profissionais.[18]

Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, apresenta um panorama dos critérios a serem observados para a dinamização do encargo probatório:

> Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a "natureza" do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.[19]

Conceituando a teoria do ônus dinâmico da prova, fundamentada na busca da justiça e no abrandamento dos critérios estabelecidos em lei, assim comenta 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 [...] – 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.[20]

Na mesma linha conceitua Danilo Knijnik, justificando a dinamicidade do ônus da prova em “certas situações nas quais a aplicação das regras sobre o ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, violando-se, ainda que de forma oculta, o art. 5º, XXXV, da CF”, embora advirta acerca de critérios para a sua correta utilização.[21]

Deverá o julgador analisar as circunstâncias fáticas do caso, atento à realidade dos fatos[22], do dever de cooperação entre as partes [23], para então verificar com maior certeza quem teria a maior facilidade na produção probatória, sendo um desafio e uma tarefa hermenêutica complexa. Restaria assim superada, no caso específico, a aplicação da teoria estática, pois esta conduziria a uma situação manifestamente injusta no plano processual, impondo a dinamização pela análise acurada e peculiar do caso submetido à juízo. Sobre o tema, refere Danilo Knijnik que a ideia da carga dinâmica não retira do sistema o ônus estático, senão vejamos:

> Contudo, a idéia de um ônus dinâmico não afasta, de per si, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus

> dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabolica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.[24]

O grande embate à esta dinamicidade está em atribuir a distribuição à discricionariedade judicial, havendo um elevado risco de subjetivismo, partindo de um conceito individual de justiça, gerando insegurança jurídica. Ao criticar a possível falta de critérios para uma dinamicidade do encargo probatório, Rosenberg refere:

> [...] si el juiz quisiera governar el barco del processo singular siguiendo la estrella de la justicia, se expondría a alas tempestades e inseguridades proprias de alta mar y zozobraría. Y se destruiria totalmente la esencia del processo. El individuo que decide libremente sgún la justicia decide conforme sus sentimentos, y no de acuerdo com principios. Desaparecería toda seguridade jurídica. [25]

Com o intuito de solver a possível insegurança jurídica gerada pela teoria dinâmica do ônus da prova, almejando estabelecer etapas para a decisão judicial ser dada de maneira adequada pautada pela racionalidade, são sugeridas as etapas a seguir:

a) <u>Primeira etapa: definição do *standard* de prova</u>

Desvendar o modelo de constatação dos fatos em juízo deverá ser a primeira etapa para uma possível utilização da teoria dinâmica do ônus probatório. Definição de pautas objetivas que devem, de igual forma, estar submetidas ao contraditório. Importa referir, neste contexto, que no âmbito processual civil a doutrina sugere dois *standards*, quais sejam, *a preponderância das provas* e a *prova clara e convincente.* Sobre os *standards* de prova, bem refere Danilo Knijnik:

> Naturalmente, há diversos enfoques a partir dos quais se pode submeter o princípio do livre convencimento a critérios de racionalidade e controle. Um deles, porém, sobressai em importância jurídica. Trata-se dos chamados 'critérios de decisão', 'standards' ou, como preferimos, em atenção ao direito comparado, os 'modelos de constatação' dos fatos. [...] Assim, o *critério* não é mais que 'um meio para conhecer a verdade. Com isso, quer-se sustentar que existem 'modelos de constatação', comumente denominados *standards*, que funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado. [26]

Somente a partir da definição do modelo de constatação é que poderá o julgador refletir acerca da dificuldade ou impossibilidade de produzir a prova. De regra, a 'preponderância das provas' será o *standard* utilizado pelo órgão decisório no âmbito processual civil.[27] A adoção de um ou de outro modelo de constatação não afasta a possibilidade de dinamização do encargo probatório, conforme refere Artur Carpes, *in verbis:*

> A dinamização do ônus probatório pode ter espaço em qualquer processo de natureza cível, independentemente do modelo de constatação utilizado. Seja em um processo em que seja necessária uma mera preponderância de provas, seja em um processo em

> que, face às necessidade do direito material, seja necessária uma prova clara e convincente – os chamados "processos civis especiais" – a adoção da dinamização pode viabilizar-se como técnica necessária a garantir o acesso à ordem jurídica justa.[28]

b) A segunda etapa: o postulado normativo da proporcionalidade

Após a fixação do modelo de constatação dos fatos, surge a necessidade de, objetivando aplicar a teoria dinâmica do ônus probatório, adentrar aos conceitos de 'impossibilidade', de 'excessiva dificuldade' ou de 'maior facilidade' na produção das provas. Ocorre que, tais expressões, caso não alocadas em uma estrutura sistemática, correm o risco de *'oscilar da excessiva rigidez imposta pela determinação legal em direção ao igualmente perigoso âmbito do arbítrio'*.[29]

Surge, assim, o postulado normativo da proporcionalidade, em seus três níveis de análise, como um critério possível para a correta aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova. Pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, poderá o julgador ter como base um exame seguro para a produção probatória e atribuição da carga dinâmica. Sobre a proporcionalidade, adota-se aqui a teoria exposta por Humberto Àvila, afirmando que a proporcionalidade seria um postulado normativo aplicativo, uma metanorma, situando-se em um plano distinto, denominado normas de segundo grau, atuando como estruturas para a aplicação de outras normas.[30]

Aplicando o postulado normativo da proporcionalidade, em um primeiro momento, o exame é realizado acerca da *adequação do meio*, isto é, a dinamização do ônus da prova é adequada para promover o fim, ou seja, com a dinamização, a verdade [31] dos fatos poderá será demonstrada, retirando o juiz do estado de dúvida.

Em um segundo momento, a análise passa para a necessidade, verificando se, dentre todos os meios igualmente adequados para promover o fim, como por exemplo a manutenção do ônus da prova com a parte autora, ou a determinação de ofício da prova a ser produzida, aplicando a dinamização, for o meio menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais.

Por último, ultrapassados os níveis anteriores, na proporcionalidade em sentido estrito, deverá o julgador questionar e decidir se as vantagens proporcionadas pela dinamização do ônus da prova, superam as desvantagens que a sua não utilização provoca, sendo este o critério de maior relevância nesta sistemática.

Sobre o critério da proporcionalidade em sentido estrito, assim aprofunda Humberto Àvila, vejamos:

> O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais.

> A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada? [32]

Neste diapasão, a adoção do postulado normativo da proporcionalidade, poderá a partir de uma construção dialética e fundada na correta hermenêutica, decidir sobre os critérios da 'impossibilidade', da 'excessiva dificuldade' ou da 'maior facilidade' na produção das provas, autorizadores da aplicação da carga dinâmica do ônus da prova.[33]

Justificável a aplicação do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, na perspectiva da teoria dinâmica do ônus da prova, pois há aqui uma relação entre meio e fim, entre prova e verdade, entre encargo probatório e a impossibilidade, a excessiva dificuldade e a maior facilidade na produção da prova. Explica Humberto Àvila:

> Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam e torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há a aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico. [34]

5. A Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil

O novo estatuto processual definiu em seu artigo 373, §1º que "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".

Temos assim, a tipificação da teoria dinâmica fundada em alguns requisitos essenciais:

a) *Análise das 'peculiaridades da causa'*. Não há padronização, não há formulário, não há modelo, há tratamento específico do caso, com o já afirmado protagonismo do julgador;
b) *Verificação da 'impossibilidade' ou 'excessiva dificuldade' ou 'maior facilidade de obtenção'*. Aqui, o entendimento acaba sendo subjetivo e sem parâmetros bem definidos, dada a vagueza dos requisitos;
c) *Exigência de decisão fundamentada*. A definição aqui dada é lógica, atribuindo cunho decisória à decisão, podendo ser atacada por Agravo de Instrumento, forte no art. 1.015, XI do Código de Processo Civil de 2015;

d) *Oportunizar desincumbir o encargo probatório*. Aqui reside uma das principais virtudes do novo texto. Ao proibir a decisão surpresa e inserir fortemente a noção de contraditório como direito de influência, em sua dimensão substancial, a novel legislação confere segurança jurídica e respeita o direito fundamental das partes de produzir prova. O novo texto, inclusive, cria um momento adequado para que seja feita a dinamização do ônus da prova, qual seja, fase de saneamento e organização do processo, com fundamento no art. 357, III do Código de Processo Civil de 2015.

Comentando a proposta do novo texto, acerca da repartição 'mais isonômica' propiciada, Marco Félix Jobim e Adriano Ribeiro Caldas assim referem:

> Felizmente, a opção do legislador no projeto de lei foi por um texto de tecitura aberta, admitindo a repartição do ônus da prova de modo diverso da regra geral (posição das partes e natureza dos fatos), nas hipóteses previstas em lei ou quando as peculiaridades da causa assim recomendarem, a critério do juiz. [...] Conclui-se, portanto, que a inovação legislativa foi construída adequadamente e virá ao encontro do anseio, já manifesto na doutrina e vivenciado na prática dos tribunais, de repartição mais isonômica do encargo probatório, tudo em prol de uma reconstrução dos fatos o mais verossímil possível no âmbito do processo, ensejadora de uma prestação jurisdicional concretizadora dos direitos fundamentais.[35]

Elaine Macedo e Guilherme Porto advertem acerca da inexistência de uma ruptura total com a teoria estática, bem como a maior atividade judicial, dinamizando na busca de um correto equilíbrio de forças, vejamos:

> Existem razões para que não ocorra uma ruptura total com a teoria tradicional do ônus probatório. Justifica-se porque, de fato, existe uma lógica inegável a imposição ao autor, que busca em juízo o reconhecimento de um direito, que prove aquilo que alega. (...) Da mesma forma, resta evidente, mais uma vez, a busca por uma maior atividade judicial, sobretudo na administração e condução do processo, em busca de uma melhor solução judicial, sem abdicar da participação e também da colaboração das partes para com o juiz. Nesta senda, afere-se, da interpretação da teoria da dinamização das provas, que há uma busca por um necessário equilíbrio processual, mas não um equilíbrio formal como hoje preconizado pelo CPC, mas sim, um equilíbrio de acordo com as condições das partes de produzir as provas. Um equilíbrio material. (...) Não se está, como podem pensar alguns, conferindo maior complexidade ao instituto. Está-se, sim, reconhecendo a sua importância e adaptando-o as novas exigências de processo justo, colaborativo, constitucional e apto a atender a sua principal função, a composição dos conflitos e a pacificação social. [36]

Trilhando esta análise doutrinária, fica límpida a necessidade e critérios hermenêuticos para o cumprimento da correta dinamização do encargo probatório, passando necessariamente pela definição do modelo de constatação, bem como pela correta aplicação dos três níveis do

postulado normativo da proporcionalidade, como aqui se defendeu, em especial, a proporcionalidade em sentido estrito.

6. Conclusão

1. Existe um ‘direito fundamental à prova’, a partir da interpretação da dimensão substancial do contraditório, sendo o ‘direito à prova’ elemento constitutivo das garantias constitucionais da ação e da defesa.
2. Conceituar o ônus da prova como um dever atribuído à parte de produzir a prova no processo, vai de encontro com a autodeterminação dos litigantes, contrária *‘a liberdade consagrada na garantia do acesso à Justiça, inscrita no art. 5.º, XXXV, da CF/1988’.*
3. O ônus probatório será utilizado, como regra de julgamento, quando o julgador estiver em ‘estado de dúvida’, já que vedado o *non liquet*. A presença do encargo probatório submetido à parte, será aplicado quando o juiz permanecer em estado de dúvida, sendo, portanto, uma regra de julgamento.
4. Nas ‘cargas dinâmicas probatórias’, percebe-se o protagonismo do julgador, isto porque ele irá verificar, diante das peculiaridades do caso, qual parte possui maiores condições de provar determinado fato, seja em face de condições técnicas, fáticas ou profissionais.
5. O grande embate ao ônus dinâmico está em atribuir a distribuição à discricionariedade judicial, havendo um elevado risco de subjetivismo, partindo de um conceito individual de justiça, gerando insegurança jurídica.
6. A dinamicidade do encargo probatório terá critério seguro de aplicação a partir da definição do modelo de constatação, bem como pela aplicabilidade do postulado normativo da proporcionalidade, em especial, pela proporcionalidade em sentido estrito.
7. Diante das disposições trazidas pelo novo Código de Processo Civil, fica límpida a necessidade e critérios hermenêuticos para o cumprimento da correta dinamização do encargo probatório, passando necessariamente pela definição do modelo de constatação, bem como pela correta aplicação dos três níveis do postulado normativo da proporcionalidade, como aqui se defendeu, em especial, a proporcionalidade em sentido estrito.

7. Lista de Referências

1. Acerca do conceito material aberto dos direitos fundamentais ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

2. Neste sentido refere Eduardo Cambi: "Assim, a Constituição Federal de 1988, não adotou o princípio da *tipicidade* dos direitos fundamentais, possibilitando a visualização de outros direitos que não foram expressamente previstos, tais como o direito à prova. Em uma perspectiva implícita e interior à Constituição, o direito à prova é, conforme visto, um desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa, e do contraditório" *in* (CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil.* v.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166).

3. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil.* v.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166.

4. Sobre o 'processo justo' Marinoni e Mitidiero assim afirmam: " O direito ao processo justo é um *modelo mínimo* de conformação do processo. Com rastro fundão na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em *expansão* (tem o condão de *conformar a atuação* do legislador infraconstitucional), *variável* (pode assumir *formas diversas*, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de *aperfeiçoamento* pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delineá-lo e densificá-lo." *in* (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 701). Ainda, sobre o 'processo justo e sua exata extensão ver CHIARLONI, Sérgio. *Giusto Processo (Diritto Processuale Civile)*. Revista de Processo, vol. 219, Mai/2013, p. 119-152.

5. Vinculando à ideia de fundamentalidade e processo justo, assim refere Artur Carpes: "Justamente nesse sentido é que se pode falar em um direito fundamental à prova, como corolário do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. O acesso à tutela jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos como o qual irá trabalhar o juiz, evidentemente não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional. [...] O direito à prova constitui, portanto, corolário imediato do direito fundamental ao processo justo" *in* CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais.* 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2008. p. 90.

6. A construção doutrinária acerca da fundamentalidade do direito à prova é vasta. Neste sentido excertos doutrinários: "O direito à prova é um dos elementos do "processo justo" mais cotidianos da vida jurídica." *in* (RAMOS, Vitor de Paula. *Direito Fundamental à Prova*. Revista de Processo, vol. 224, p. 41-61, Out/2013); "Pode-se, então, afirmar que o direito à prova, embora não seja um dos institutos fundamentais do direito processual (jurisdição, ação, defesa e processo), ocupa posição de extraordinária grandeza no sistema processual, pois, sem ele, as garantias da ação e da defesa *careceriam de conteúdo substancial*; afinal, impedir que a parte tivesse direito à prova significaria privá-la dos meios legítimos de acesso à *ordem jurídica justa*, a serviço da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto. Por isso, pode-

se concluir que o direito à prova é uma decorrência da ampla garantia do devido processo legal ou que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrário, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988." *in* (CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil.* v.3, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001, p. 113); "Há direito fundamental à prova no processo. Trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo. O direito à prova impõe que o legislador e o órgão jurisdicional atentem para: (i) a existência de *relação teleológica* entre prova e verdade; (ii) a *admissibilidade* da prova e dos *meios* de prova; (iii) a distribuição adequada do *ônus da prova*; (iv) o momento de *produção* da prova; e (v) a *valoração* da prova e formação do *convencimento* judicial." *in* (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 739-740) ; "O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Neste sentido, o direito à prova é também um direito fundamental." *in* (DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* v.2, 10ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 41).

7. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia Editro, 1988, 2 vols., t.1.

8. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

9. DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v.2, 10ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 41.

10. MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova.* 2. ed. Padova: Cedam, 1966, p. 6.

11. Conforme refere Luis Alberto Reichelt: "Eis, nesse sentido, uma primeira conclusão prática: dado que inexiste qualquer dever das partes de vir a produzir provas nos autos do debate processual, não se justifica proferir decisões invocando o ônus da prova associado à parte como razão para dela exigir qualquer medida em sede de instrução processual. A exigência de colaboração imponível aos litigantes com vistas à correta ordenação do debate processual compreende, antes, a valoração de atos praticados pelas partes no âmbito de uma realidade sobre a qual elas podem dispor, falando ou silenciando.Se o silêncio da parte pudesse ser interpretado como razão para a existência de um dever de produção de provas, ter-se-iam resultados no mínimo inusitados. Caso houvesse tal dever, a parte poderia ser obrigada, em seu depoimento pessoal, a falar sobre determinados fatos." *in* (REICHELT, Luis Alberto. *A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial*. Revista de Processo, vol. 197, p. 127-143, Jul/2011).

12. A perspectiva da colaboração no processo civil é colocada inicialmente em GRASSO, Eduardo. *La Collaborazione nel Processo Civile*. Rivista di Diritto Processuale, vol.21, 1966, p. 580-609. Contemporâneamente, pode-se citar Carlos Alberto Alvaro e Daniel Mitidiero que assim referem : *"Outrossim, podem ser apontados como grandes vetores orientadores do princípio da cooperação: (a) a mudança de mentalidade das pessoas que participam do processo; (b) o incentivo à boa-fé e lealdade do órgão judicial, das partes e seus representantes, e de todos os demais participantes do processo (escrivão, serventuário, perito, assistente técnico, testemunhas, etc.): o processo não é uma luta um duelo, que se possa vencer*

a qualquer custo; (c) o combate ao formalismo excessivo; (d) o fortalecimento dos poderes das partes, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes e entre estas e o juiz" in (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, v. 1, São Paulo: Atlas, p. 79). Neste sentido também MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

13. REICHELT, Luis Alberto. *A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial*. Revista de Processo, vol. 197, p. 127-143, Jul/2011.

14. Sobre o dever de colaboração na atividade de instrução processual refere Reichelt: "A existência de um *dever de colaboração em sede de instrução processual*, derivado da aplicação combinada do princípio do dispositivo e da garantia do contraditório à dimensão das atividades relacionadas ao fenômeno probatório, constitui-se em manifestação da estrutura dialética subjacente ao processo civil. [...] Um primeiro ponto de partida a ser considerado no estduo do significado desse dever de colaboração é a ideia de que a *participação de todos os sujeitos do processo em sede de produção de provas é norteada em função de um objetivo comum*, que é a formação do convencimento jurisdicional no que se refere às alegações sobre fatos considerados juridicamente relevantes. Sob esse primeiro aspecto, tem-se que a *atividade de persuasão racional do juiz não se cinge apenas a esforços implementados pelas partes mas também envolve uma parcela de contribuição do próprio órgão jurisdicional sendo a atuação de todos os sujeitos do processo orientada à luz de uma pauta mínima comum.* Desta forma, desenha-se no seio da atividade de instrução uma estrutura de *trabalho conjunto* desenvolvido por todos os sujeitos do diálogo processual, ou, em outras palavras, *de colaboração processual." in* (REICHELT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 321-322).

15. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova.* Revista de Processo, vol. 35, p. 178-184, jul/1984.

16. Sobre a inexistência de dever na produção probatória, assim refere Reichelt: "É graças a tal atenção que se pode dizer que *é errada a ideia segundo a qual a cada uma das partes corresponde o dever de fornecer as provas relativas às alegações sobre fatos juridicamente relevantes favoráveis à defesa dos seus respectivos interesses*. Ao se afirmar que as partes possuem *ônus de prova*, e não *deveres de produção de provas*, a ênfase recai sobre a liberdade de o autor ou o réu praticar ou não atos com vistas à produção de provas, e não sobre qualquer obrigação que a eles porventura viesse a ser associada." *in* (REICHELT, Luis Alberto. *A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial*. Revista de Processo, vol. 197, p. 127-143, Jul/2011).

17. Sobre o ônus da prova como regra de julgamento, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, assim referem:"Frise-se que a separação da relevância da regra do ônus da prova, diante dessas dus últimas situações, decorre do fato de que o juiz *resta convencido* – ainda que da verossimilhança – ao reduzir as exigências de prova segundo as necessidades do caso concreto, enquanto que a regra do ônus da prova funciona como *regra de decisão* quando o juiz *não forma o seu convencimento* ou, em outras palavras, fica em *estado de dúvida" in* (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 263).

18. Sobre o tema Luiz Eduardo Boaventura Pacífico retratando um caldo histórico, afirma: "O grande mérito do pioneiro estudo sobre o *ônus dinâmico das* provas, dos juristas argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, foi o de revelar essa orientação jurisprudencial e sintetizar o princípio que acaba sendo rotineiramente utilizado em tais precedentes: *o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profisisionais, técnicas ou fática para produzir a prova do fato controvertido." in* (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42).

19. DALL'AGNOL Júnior, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios.* Revista de Processo. vol. 78, p. 92 – 107, Jun/2001.

20. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42

21. KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a probatio diabolica*. In (FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 943.

22. Neste sentido, afima Reichelt: "O desejo de construção de um modelo condizente com as crescentes exigências da contemporaneidade faz com que os critérios para repartição dos ônus da provam devam guardar proporção em face da complexidade presente nessa realidade à qual eles serão aplicados" *in* (REICHELT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 350).

23. Sobre o tema, assim refere Marco Félix Jobim, a saber: "A técnica de dinamização dos ônus probatórios encontra-se em total consonância com esta ideia de processo civil pautado pela colaboração, em que a necessidade de garantir às partes uma efetiva igualdade impõe a observância dos deveres de cooperação nos domínios do Direito Processual Civil, mais precisamente quanto ao dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes e destas para com aquele" *in* (JOBIM, Marco Felix; CALDAS, Adriano Ribeiro. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual brasileiro e o projeto de novo código de processo civil.* Revista da AJURIS – v. 42 – n. 137 – Março/2015 - http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/375/309, acesso abril 2016, p. 30).

24. KNIJNIK, Danilo. *Ônus dinâmico da Prova*. disponível em < http://www.knijnik.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>, acesso em 25/06/2016.

25. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Trad. Espanhola, por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast.* 3. ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: Ejea, 1956, p.85

26. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

27. Complementa a obra de Danilo Knijnik, senão vejamos: "A título de exemplo, em demanda indenizatória por acidente de trânsito, deve-se raciocinar com base numa *'preponderância de provas'* para que se dê por demonstrado o fato 'x'; por este critério guiar-se-ão o juiz e as partes. Já em ação de improbidade, o modelo de constatação é outro, mais rigoroso, exigindo-se uma *'prova clara e convincente'*; e outro deveria ser, portanto, o critério empregado pelo juiz, pelo tribunal e pelas partes na formação do juízo de fato e sua discussão. Numa ação penal, enfim, será necessário observar-se outro modelo de constatação: a *'prova além da dúvida razoável'*, e diversamente estará orientada a construção do juízo fático. Como se vê, esses 'modelos de constatação' são critérios, pautas objetivas, sujeitos ao controle e à discussão das partes, na constatação de fatos, e auxiliam na evitação do erro ou do arbítrio." *in* (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18)

28. CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais.* 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2008. p. 104.

29. Conforme refere REICHELT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 351.

30. Acerca da diferenciação entre princípios e postulados normativos, assim refere Humberto Àvila: "Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados." *in* (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2015. p. 177-178).

31. A verdade aqui referida não está colocada no plano da 'verdade real' ou 'verdade substancial', conforme referem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: "Esse conceito (o de verdade substancial), portanto, mostra-se imprestável para dirigir os rumos do processo de conhecimento ou, mesmo, da teoria da prova. Insta, então, buscar um novo objetivo, capaz de se adequar às necessidades da ciência (aí incluído o processo) e às possibilidades da cognição humana. A moderna filosofia, sob a batuta de Jürgen Habermas, compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído como base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. *A 'verdade' não se descobre, mas se constrói, através da argumentação*." *in* (MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 280). Relevante tese sobre o tema está em HABERMAS, Jürgem. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

32. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2015. p. 217.

33. Sobre a aplicabilidade do postulado normativo da proporcionalidade no sistema probatório, Luis Alberto Reichelt já defendeu tal teoria na possibilidade de relativização da proibição da utilização de prova ilícita em interessante a aprofundado artigo, neste sentido ver: REICHELT, Luis Alberto. *A inadmissibilidade das Provas Ilícitas na Perspectiva do Direito ao Processo Justo.* Revista de Processo, vol. 228, p. 99-122, Fev/2014.

34. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2015. p. 205.

35. JOBIM, Marco Felix; CALDAS, Adriano Ribeiro. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual brasileiro e o projeto de novo código de processo civil.* Revista da AJURIS – v. 42 – n. 137 – Março/2015 - http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/375/309, acesso abril 2016, p. 37-38)

36. MACEDO, Elaine Harzheim; PORTO, Guilherme A. *O ônus da prova na pós-modernidade e o projeto do novo CPC*. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Ricardo Schier; Carlos Luiz Strapezzon; Guilherme Augusto Pinto da Silva; Fernanda dos Santos Macedo. (Org.). Constituição e Direitos Fundamentais. Estudos em torno dos Fundamentos Constitucionais do Direito. 1ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, v. , p. 92-113.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, v. 1, São Paulo: Atlas, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2015

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova.* Revista de Processo, vol. 35, p. 178-184, Jul/1984.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil.* v.3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais.* 2008. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2008.

CHIARLONI, Sérgio. *Giusto Processo (Diritto Processuale Civile)*. Revista de Processo, vol. 219, Mai/2013, p. 119-152.

DALL'AGNOL Júnior, Antônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios.* Revista de Processo. vol. 78, p. 92 – 107, Jun/2001.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil.* v.2, 10ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2015.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia Editro, 1988.

GRASSO, Eduardo. *La Collaborazione nel Processo Civile*. Rivista di Diritto Processuale, vol.21, 1966, p. 580-609.

HABERMAS, Jürgem. *Direito e democracia, entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1

JOBIM, Marco Felix; CALDAS, Adriano Ribeiro. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual brasileiro e o projeto de novo código de processo civil.* Revista da AJURIS – v. 42 – n. 137 – Março/2015 - http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/375/309, acesso abril 2016.

KNIJNIK,Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e a probatio diabolica*. In (FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

_____. *A prova nos juízos cível, penal e tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Ônus dinâmico da Prova*. disponível em < http://www.knijnik.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>, acesso em 25/06/2016.

MACEDO, Elaine Harzheim; PORTO, Guilherme A. *O ônus da prova na pós-modernidade e o projeto do novo CPC*. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Ricardo Schier; Carlos Luiz Strapezzon; Guilherme Augusto Pinto da Silva; Fernanda dos Santos Macedo. (Org.). Constituição e Direitos Fundamentais. Estudos em torno dos Fundamentos Constitucionais do Direito. 1ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 92-113.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova.* 2. ed. Padova: Cedam, 1966.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Vitor de Paula. *Direito Fundamental à Prova*. Revista de Processo, vol. 224, p. 41-61, Out/2013.

REICHELT, Luis Alberto. *A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial*. Revista de Processo, vol. 197, p. 127-143, Jul/2011.

_____. *A inadmissibilidade das Provas Ilícitas na Perspectiva do Direito ao Processo Justo.* Revista de Processo, vol. 228, p. 99-122, Fev/2014.

_____. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba.* Trad. Espanhola, por Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast.* 3. ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: Ejea, 1956

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.