

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

LUÍSA DOS SANTOS MEISTER

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

CURITIBA

2013

LUÍSA DOS SANTOS MEISTER

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia apresentada no Curso de Graduação da Faculdade de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elton Venturi.

CURITIBA

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA
PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Elton Venturi

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Prof. Dr. Clayton Maranhão

Curitiba, 06 de dezembro de 2013.

Aos meus queridos avós, Rose, Omar, Vilma e Miguel, por todo amor e sabedoria que me transmitiram.

“Quem sabe direito o que uma pessoa é? Antes sendo: julgamento é sempre defeituoso, porque o que a gente julga é o passado”. Guimarães Rosa.

AGRADECIMENTO

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Andréa e Murilo, advogados, por terem sido os responsáveis por despertar meu interesse na área do direito. Ao meu pai, por fazer questão de me explicar, carinhosamente, cada detalhe das mais diversas situações da vida desde que nasci. À minha mãe por me ensinar o que representa o amor, a família, a mulher.

Ao meu irmão, João Otávio, maior presente, por me incentivar a continuar minha trajetória e, ao mesmo tempo, ter a mim como inspiração para suas escolhas.

Aos meus avós maternos, Rose e Omar, por todo carinho, atenção e por sempre se sentirem orgulhosos da neta mais velha. Aos meus avós paternos, Vilma e Miguel, minhas eternas saudades.

À Ana Paula, minha madrinha e segunda mãe, por todo afeto, compreensão e por estar presente nos momentos decisivos da minha vida.

Às amigas - Camila, Carolina, Helena, Jéssica, Marina, Poliana e Renata - pela convivência diária na Faculdade de Direito, nossa segunda casa. Esses cinco anos foram simplesmente únicos e incríveis ao lado de vocês.

Ao Diego pelos sábios conselhos, revisão e formatação deste trabalho. Ao Rogério pelo auxílio na pesquisa bibliográfica. Ao João Vitor pela grande ajuda na tradução do resumo (grazie!).

Agradeço imensamente aos meus professores da graduação, sobretudo aos que lecionaram processo civil – Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Manoel Caetano Ferreira Filho e Elton Venturi. Não à toa o direito processual civil tornou-se a minha matéria favorita.

Agradeço em especial ao professor Elton Venturi, pela orientação e pelos comentários, fundamentais à elaboração desta monografia.

Agradeço, por fim, aos professores Alcides Alberto Munhoz da Cunha e Clayton Maranhão por, gentilmente, aceitarem participar da banca examinadora.

RESUMO

A perspectiva constitucional do processo afastou o plano dos conceitos jurídicos, para inseri-lo na realidade política e social. Hoje, diferentemente da época do Estado Liberal, o processo segue os princípios da Constituição Federal, cumprindo o seu escopo de pacificação social e tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada. É inegável que a publicização do processo alterou completamente o panorama da doutrina processual, conferindo ao juiz o controle e a condução do processo, para que possa atuar com mais flexibilidade e atender os anseios constitucionais contemporâneos, sem perder de vista o princípio da legalidade. Nesse sentido, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz resulta em uma prestação jurisdicional mais condizente com a finalidade do processo. Aos juízes cabe a tarefa de entender o fenômeno, bem como incorporar a responsabilidade que lhes foi atribuída, utilizando-se dos poderes de forma correta para que não se torne arbítrio em face os jurisdicionados. O Código de Processo Civil adota a concepção estática do ônus da prova. Todavia, a doutrina majoritária considera este sistema insatisfatório e artificial, pois não se consideram as especificidades do direito material. A regra do art. 333 do Código de Processo Civil é apenas uma regra de julgamento a ser aplicada no momento da decisão, como *última ratio*, depois de esgotadas as possibilidades de se produzir provas no processo. A inversão do ônus da prova, legal ou judicial, tem com objetivo garantir a igualdade substancial entre as partes. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova diz que a prova incumbe àquele que tem melhores condições de produzi-la, à luz do caso concreto. Não há o que se temer acerca do poder dos juízes por conta de questões atinentes à distribuição do ônus probatório. Atualmente, há um cenário favorável a uma postura ativa do juiz, autorizando-o a corrigir desigualdades entre as partes. O processo civil moderno deve atualizar-se para fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: estado constitucional; prova *ex officio*; poderes do juiz; ônus da prova; inversão do ônus da prova.

RIASSUNTO

La congiuntura costituzionale del processo, lontano dell'ambito dei concetti giuridici, segue lo scopo di inserirlo dentro della realtà politica e sociale. Oggigiorno, diversamente di quello che succedeva all'epoca dello Stato Liberale, il processo accompagna i principi della Costituzione Federale, rappresentando un ruolo di sviluppo sociale e tutela giurisdizionale effettiva, aggiornata e adeguata. Si ammette che la pubblicizzazione del processo modificò interamente la scena, attribuendo al giudice il controllo e la regia del processo, con lo obiettivo di dargli autonomia e corrispondere le aspettative costituzionali contemporanei, senza impedire il principio della legalità. A questo punto, l'aumento dei poteri istruttori del giudice garantisce la prestazione giurisdizionale più addattata con lo scopo del processo. Ai giudici resta il compito di capire questo fenomeno e servire la responsabilità che gli è stata attribuita, valendosi dei poteri in un modo corretto sotto il compito di non diventare un arbitrio dinnanzi i giurisdizionati. Il Codice di Procedura Civile usa la concezione statica dell'onere della prova. Tuttavia, la dottrina maggioritaria considera questo sistema insoddisfacente e artificiale poiché non sono considerati la realtà del diritto materiale. La regola dell'articolo 333 del Codice di Procedura Civile è soltanto una regola per giudicare e venire utilizzata nel giusto momento della decisione come *ultima ratio*, dopo che finiscono le possibilità di produrre prove nel processo. L'inversione dell'onere della prova, legale o giudiziale, avviene per garantire la igualtà sostanziale tra le parti. La teoria della distribuzione dinamica dell'onere della prova responsabilizza coloro che sono in grado di produrre prova conforme il caso concreto. Comunque, non ci sono problemi col poter dei giudici rispetto le questione riferenti alla distribuzione dell'onere probatorio. Attualmente, c'è un momento favorevole ad un profilo attivo del giudice, l'autorizzando a correggere le desuguaglianza fra le parti. Il processo civile moderno deve aggiornarsi per attendere le necessità del diritto materiale e la nuova dinamica della società attuale.

Parole-chiave: stato costituzionale; prova *ex officio*; poteri dei giudice; onere della prova; inversione dell'onere della prova.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO E A AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ.....	14
2.1 A JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL.....	14
2.2 A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	16
2.3 A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	19
2.4 A EVOLUÇÃO DOS PODERES DO JUIZ NO BRASIL.....	22
3 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ.....	24
3.1 PRINCÍPIO DISPOSITIVO.....	24
3.1.1 O Processo Cooperativo.....	26
3.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE.....	27
3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	29
4 A FUNÇÃO DA VERDADE E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	32
4.1 A VERDADE COMO O PRESSUPOSTO PARA A PROVA.....	32
4.2 FINALIDADE, MEIO E CONTEÚDO DA PROVA.....	34
4.2.1 Características do Fato Probando e Fatos que Independem de Prova.....	37
4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 130 DO CPC.....	38
4.3.1 Alcance e Limites dos Poderes Instrutórios do Juiz.....	41
4.3.2 Há Preclusão para o Juiz?.....	44
5 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	48
5.1 A QUESTÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL.....	48
5.1.1 O Convencimento Judicial e a Verossimilhança Preponderante.....	49
5.1.2 Teoria da Redução do Módulo da Prova.....	51
5.1.3 Teoria da Coisa Julgada <i>Secundum Eventum Probationis</i>	52
5.2 A REGRA DO ÔNUS DA PROVA.....	53
5.2.1 Conceito de Ônus e o Risco da Não Produção da Prova.....	54
5.2.2 A Fixação dos Pontos Controvertidos e o Direito de Produzir a Prova.....	55
5.2.3 Poderes Instrutórios do Juiz e a Regra do Ônus da Prova.....	56
5.3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	58
5.3.1 Tratamento Diferenciado do Ônus da Prova.....	62

5.3.2 Análise do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.....	63
5.4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	65
6 ESTUDO JURISPRUDENCIAL: BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	72
7 CONCLUSÃO.....	79
REFERÊNCIAS.....	84

1 INTRODUÇÃO

O Estado Liberal de Direito, inaugurado na Europa do século XVIII, trouxe consigo o princípio da legalidade jurídica. Nesse momento, houve a primazia da lei e o juiz deveria ater-se a ela, pois o direito identificava-se à norma jurídica. Das normas surgia apenas uma interpretação, o que fazia o juiz apenas repetir o que a lei dizia. Bastava, então, a igualdade formal entre os indivíduos, vez que esse modelo de jurisdição não abarcava as diferentes situações do direito material.

Com o Estado Constitucional de Direito houve uma mudança paradigmática na concepção de Direito e jurisdição, vez que a partir daí a Constituição tornou-se o centro do ordenamento jurídico. Era tempo de valorização dos direitos fundamentais e de soluções processuais idôneas e vinculadas ao caso concreto. A função do juiz torna-se importante nesse momento.

A perspectiva constitucional do processo o afastou do plano dos conceitos jurídicos, para inseri-lo na realidade política e social. A normatividade do direito fundamental é norteadora, não só da regulação legislativa do processo, mas da conduta das partes, do juiz e, ainda, o conteúdo das decisões.

Isso porque o processo civil moderno deve atualizar-se para fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea¹. Sabe-se que as devidas mudanças não podem depender apenas de alterações legislativas, pois estas demoram a acontecer. Daí a importância da interpretação judicial das técnicas processuais, visando à garantia dos direitos fundamentais.

Para uma justa decisão o magistrado deve particularizar a interpretação da norma para o caso concreto. Enquanto no Estado Liberal o vencedor da lide era aquele com os meios mais hábeis, atualmente, com a função social do processo e sua concepção publicista, abriu-se espaço para a justiça material, ou seja, uma tutela jurisdicional eficiente, tempestiva e adequada. Para isso, o juiz precisa ser ativo em busca da verdade se utilizando dos seus poderes instrutórios na dinâmica da prova.

¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/305683/Onus_Da_Prova_E_Sua_Modificacao_No_Processo_Civil_Brasileiro>. Acesso em: 05/10/2013.

O que se defende, então, é uma interpretação ampla do art. 130 do CPC, refletindo uma forte atuação do juiz no campo probatório, com aplicação em qualquer órgão jurisdicional, e não apenas o 1º grau de jurisdição. Como requisitos à imparcialidade, há a motivação da decisão judicial que determinou a prova, bem como a submissão ao contraditório. Como o próprio juiz é o principal destinatário da prova, ele pode avaliar quais os meios de que necessita para a formação do seu convencimento. A colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes.

A atividade proativa do juiz é uma tendência que objetiva a concretização dos objetivos do processo. Por isso, é possível conciliar o princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz: aos litigantes compete formular suas respectivas pretensões e ao juiz conduzir o processo utilizando-se de seus poderes.

O alcance dos poderes do juiz limita-se pelas partes de acordo com o princípio da demanda, ou seja, nos limites por elas indicados deverá se desenvolver a atividade instrutória, de modo a atingir o objetivo do processo, a devida tutela jurisdicional. Nesse sentido, o princípio dispositivo não pode ser um empecilho ao exame dos fatos pelo juiz, pois a função jurisdicional deve sobrepor-se aos interesses das partes.

Parte da doutrina entende que o juiz fere sua imparcialidade no momento em que determina uma prova de ofício, vez que poderá se abalar psicologicamente ou favorecer uma das partes. Segundo esta concepção, é necessária uma distância do juiz no momento da produção da prova. A doutrina majoritária, todavia, pensa que não há que se falar em imparcialidade do juiz que exerce em plenitude os poderes instrutórios que lhe foram conferidos pela legislação; ao contrário, pois estaria sendo parcial o juiz que permanece inerte diante da situação que demanda proteção de direitos.

Com esse panorama, não basta meramente a igualdade formal, mas é preciso atingir a igualdade material entre as partes. O princípio da igualdade impõe que sejam supridas as desigualdades entre as partes e se alcance o aspecto substancial. É dever do juiz efetivar o princípio da igualdade processual em homenagem ao Estado Democrático de Direito. Os poderes instrutórios do juiz apresentam duas funções: garantir o princípio da igualdade entre as partes e realizar os escopos do processo, atingindo a justa decisão e a pacificação social.

O processo civil da atualidade implica uma estrutura cooperativa, através da colaboração entre os sujeitos processuais. Assim, ampliam-se as chances de uma tutela jurisdicional favorável àquele que tem razão.

Sabe-se que a essência da verdade é inatingível. Porém, a impossibilidade de o juiz descobrir a verdade dos fatos não lhe permite julgar o mérito sem convicção. A partir daí surgem as teorias sobre o convencimento judicial. Há duas situações distintas. A primeira é a redução do módulo da prova, que ocorre quando o juiz decide durante o processo. A segunda ocorre quando o juiz, em razão de determinadas circunstâncias, obriga-se a julgar o mérito ao final do processo com base em uma convicção de verossimilhança.

A teoria da verossimilhança preponderante não se confunde com a possibilidade de se reduzir as exigências de prova para atender às particularidades do direito material, pois o juiz não se convence quando é obrigado a concordar com o que prepondera. No caso da redução do módulo probatório, não se trata de julgar com base na verossimilhança que preponderar, mas na exigível no caso concreto, quando o juiz forma uma convicção de verdade possível em determinada situação.

O art. 333 do CPC diz que o ônus da prova pertence ao autor quanto aos fatos do direito constitutivo e ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos desse direito. A parte que não se desincumbir do seu ônus probatório, segundo o CPC, tende a sucumbir no processo. Entretanto, esta regra do ônus da prova destina-se ao juiz que resta em dúvida ao final do procedimento.

Ocorre que o magistrado poderá se convencer mesmo que o ônus da prova não tenha sido cumprido pelas partes, pois pode determinar provas de ofício. Diante da inexistência de dúvida, não há razão para o juiz invocar a regra do art. 333 do ônus da prova como regra de decisão.

A distribuição estática do ônus da prova é considerada, pela doutrina majoritária, um mecanismo artificial e insuficiente, pois não se flexibiliza diante do caso concreto, ou seja, desconsidera a relação de direito material em questão. Daí a importância das regras de modificação do ônus probatório.

A inversão do ônus da prova, que pode ser legal ou judicial (convencional, legal, judicial ou necessária) é uma das possibilidades de se conformar o processo ao direito material. A doutrina discute as hipóteses de inversão e seu momento adequado. Um dispositivo importante ao tema é o art. 6º, VIII, do CDC, que garante o equilíbrio entre as partes no procedimento consumerista.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova vem sendo aplicada pelos tribunais brasileiros, com vistas à concretização dos princípios constitucionais. A distribuição dinâmica implica dois requisitos: impossibilidade concreta ou dificuldade intransponível de o interessado produzir a prova sobre o fato futuro e a real possibilidade de que a parte contrária tenha condições de produzir provas capazes de demonstrar a inocorrência da futura violação do direito.

A modificação necessária do ônus da prova, ou seja, dinâmica, não pode resultar em prova diabólica para a parte onerada, devendo ser efetivada pelo magistrado antes da fase instrutória, para que a parte incumbida da prova tenha tempo para produzi-la.

O Estado tem obrigação de tutelar direitos fundamentais e as estruturas procedimentais precisam estar aptas para a proteção de determinados direitos. Não há o que se temer acerca do poder concedido aos juízes para modificações do ônus probatório, vez que o processo civil contemporâneo criou um cenário favorável a uma postura ativa do juiz, que o autoriza a corrigir desigualdades entre as partes.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO E A AMPLIAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ

No século XVIII, o Estado Liberal de Direito introduziu o princípio da legalidade como fundamento da ordem jurídica. Isto porque antes, no antigo regime, imperava o absolutismo jurídico, com decisões meramente políticas. Logo, era necessária a participação popular na aprovação das leis – daí a importância do princípio da legalidade.

Posteriormente, inaugurou-se o Estado de Direito Constitucional. Aqui se caracteriza a fase da instrumentalidade do processo como ferramenta de garantia dos direitos fundamentais. A Constituição adentra ao centro do ordenamento jurídico, com eficácia plena, subordinando as demais normas do direito e, diante disso, o processo civil. Da supremacia dos princípios constitucionais emergiu a necessidade de uma atuação jurisdicional efetiva, que garantisse a justiça no caso concreto.

2.1 A JURISDIÇÃO NO ESTADO LIBERAL

O Estado Liberal de Direito do século XVIII tinha como base o Princípio da Legalidade – o qual protegia a burguesia em face do regime absolutista anterior. A partir de então, para que se limitasse a autonomia dos indivíduos era preciso uma lei mediante aprovação popular.

Entretanto, a doutrina coloca que na Europa continental o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar². O princípio da legalidade identificou a lei ao direito – ou seja, o direito se encontrava apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria da realização de justiça, mas apenas em razão da sua produção formal.

Nessa perspectiva, o executivo e o judiciário assumiram papéis secundários. Isso ocorreu porque antes da revolução francesa os juízes serviam ao poder feudal, seus cargos eram negociados e até hereditários. Pelo princípio da legalidade, o poder dos juízes ficava adstrito ao que a lei determinava, sendo, então, um “poder nulo”. Antes da legalidade, o direito decorria dos costumes, da jurisprudência, com

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 26.

pluralidade de fontes. Pode-se dizer que o Estado Legislativo, portanto, implicou na transformação das concepções de direito e de jurisdição³.

A doutrina questiona a lei genérica e abstrata do estado legislativo, pois desta forma supõe-se uma sociedade de homens livres e iguais – o que não ocorre na realidade. Além disso, a lei era fruto da vontade de um parlamento constituído apenas por membros da classe burguesa.

O Estado Legislativo estabeleceu que até o próprio legislador permaneceria vinculado às leis que edita⁴. O positivismo jurídico trouxe uma preocupação com a defesa do cidadão em face do Estado, mas não se atentou às diversidades sociais, vez que se pautava em uma igualdade meramente formal. Explica Luiz Guilherme Marinoni⁵:

O Estado Liberal Clássico, diante de sua finalidade principal de garantir liberdade dos cidadãos, foi marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. A lei não deveria tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o fim era dar tratamento igual às pessoas apenas no sentido formal.

Assim, o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia em sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”.

O que se quis foi ter a certeza do direito, que este fosse estritamente previsto, sem qualquer possibilidade de adaptação ao caso concreto. Para isso, os códigos deveriam ser claros e albergar todas as situações com uma única interpretação e o juiz, subordinado ao legislador, deveria atuar conforme determinado na lei.

Surgiram, então, as teses de Carnelutti e Chiovenda. Segundo os ensinamentos do professor Luiz Guilherme Marinoni⁶:

Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Carnelutti, ao contrário, entende que a sentença torna concreta a norma abstrata e genérica, isto é, faz particular a lei para os litigantes. Para Carnelutti, a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 27.

⁴ *Ibidem*, p. 30.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 35-36.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 38.

externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adepta da teoria unitária e a segunda da teoria dualista do ordenamento jurídico.

Calamandrei, Carnelutti e Chiovenda escreveram que o juiz estava subordinado ao legislador, devendo estritamente declarar a lei. A diferença é que para Chiovenda não haveria criação de nova regra, enquanto para os demais, ao se julgar, há criação de regra individual que passa a integrar o ordenamento⁷.

Todavia, para um sistema que objetiva a liberdade dos cidadãos mediante a restrição dos poderes do judiciário, não basta apenas dizer que o juiz somente pode proclamar as palavras da lei⁸.

Era preciso, então, impedir os julgamentos baseados na verossimilhança, ou em parcela das provas que poderiam ser produzidas, vez que, posteriormente, após completa instrução probatória, o resultado da demanda poderia mudar. Havia uma concepção de que apenas um julgamento seria adequado à lei, para a segurança jurídica do cidadão – e para isto o juiz deveria ter certeza do seu pronunciamento.

2.2 A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Com o passar da história, depois de duas grandes guerras, houve uma preocupação grande com o bem-estar social. Era tempo do Estado Social. O princípio da legalidade foi redimensionado, vez que a lei passou a ser resultado da vontade de diversos grupos sociais e não mais apenas do parlamento burguês. O Estado começou a se preocupar com os cidadãos e se abriu para sindicatos e associações.

Em todo o percurso do tempo, houve alterações no cenário político dos Estados. No Estado Liberal havia a supremacia da lei em detrimento do poder judiciário. No entanto, com o fim das Grandes Guerras, o mundo preocupou-se com a proteção dos direitos do homem, o que trouxe profundas modificações constitucionais. Desta maneira, o poder judiciário ganhou espaço e a rígida separação entre os poderes foi substituída pelo controle recíproco entre eles. Através do Estado de Direito Constitucional, os direitos fundamentais passaram a ter eficácia plena, atingindo os três poderes.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 41.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual...**, p. 44.

Nesse momento de valorização dos princípios, a ponderação judicial – e, conseqüentemente, a atuação do juiz - ganham força. Atualmente, o princípio da legalidade não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico⁹: antes, a legalidade levou à identificação de direito e lei, legítimo pela autoridade que a produzia; hoje, há necessidade de submeter a lei a um controle constitucional. No Estado Constitucional as leis estão subordinadas à constituição. Segundo Gilmar Ferreira Mendes¹⁰:

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.

Preservados os direitos individuais, do Estado Liberal, e os sociais, do Estado Social, no Estado Constitucional temos ainda o direito à proteção e à participação. Assim, o judiciário de hoje não pode mais se eximir de proporcionar a tutela efetiva dos direitos¹¹.

A Constituição Federal de 1988, particularmente, enumerou os direitos fundamentais, que devem ser aplicados de imediato, mas há outros direitos fundamentais nela espalhados pela constituição. Não é possível hierarquizar os princípios. No caso brasileiro, qualquer juiz singular tem o dever de controlar a constitucionalidade das leis.

Sendo assim, o juiz não é apenas “a boca da lei”, como se verificou no Estado Liberal, mas atua ligado à efetivação dos princípios constitucionais. Objetivamente, direitos fundamentais são normas que devem ser observadas pelo legislador infraconstitucional. Subjetivamente, os direitos fundamentais são direitos, porque além de ser uma norma que orienta a criação de outras normas, são direitos do indivíduo. Esse conjunto de transformações pelas quais passaram a teoria do direito e a ciência do direito constitucional é chamado de neoconstitucionalismo.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 45.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo; Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva. 2010, p. 178-179.

¹¹ “Não há mais como conceber a jurisdição em uma dimensão que ignore a sua dinâmica processual, pois o bom resultado da sua tarefa é indissociavelmente ligado ao ‘meio instrumental’”. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 68.

A doutrina chama de direito processual constitucional a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo¹². A tutela constitucional do processo tem a função de assegurar a conformação dos institutos do direito processual aos princípios que descendem da ordem constitucional. Há uma preocupação com os valores consagrados constitucionalmente, a liberdade, a igualdade e a justiça. Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

Fala-se na jurisdição constitucional, pensando agora diretamente na instrumentalidade do sistema processual à ordem social, econômica e política, representada pela Constituição e leis ordinárias: o processo é meio não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis.

A perspectiva constitucional do processo contribuiu para afastá-lo do plano dos conceitos jurídicos e inseri-lo na realidade política e social. A normatividade do direito fundamental é norteadora, não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e, ainda, na determinação do próprio conteúdo da decisão¹³.

Assim, mesmo a regra jurídica mais clara pode ser transformada por valoração do juiz no caso concreto. O magistrado não apenas declara o direito expresso na lei, mas cria o direito com vistas à concretização da Constituição. Nesse sentido, a constitucionalidade das leis, inclusive, pode ser controlada por qualquer juiz de maneira incidental.

As instituições processualistas têm se inserido instrumentalmente na ordem jurídica¹⁴. É universal a tendência à publicização do próprio direito como um todo, sendo isto visível no direito processual civil pela aproximação ao direito constitucional. É certo que o processo é um instrumento para exercício de poder com vistas a elevados objetivos sociais e políticos – um meio do Estado para realização de certos objetivos por ele traçados. A autonomia da vontade restou minimizada, vez que a publicização do direito processual é uma forte tendência da atualidade em virtude do neoconstitucionalismo.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1987, p. 25.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. In: Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Janeiro – Fevereiro 2004, n. 113

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, p. 28.

2.3 A JURISDIÇÃO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

A Jurisdição no Estado Contemporâneo é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado¹⁵. É o que podemos chamar de substitutividade, ou seja, o Estado substitui as partes que estão em conflito. Nesse sentido, a jurisdição é uma atividade criativa do magistrado, o qual deve atuar com imparcialidade, mas não neutralidade. A neutralidade se traduz na apatia; já a imparcialidade ocorre pelo fato de o juiz não ter interesse pessoal no litígio e tratar as partes com igualdade.

A jurisdição é uma manifestação de poder e, portanto, impõe-se imperativamente, aplicando o direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional¹⁶. Ainda, é uma função criativa: ao decidir, o magistrado cria uma norma, vez que escolhe uma dentre pelo menos duas opções possíveis.

Hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais¹⁷. O juiz é um agente de poder que interpreta a lei diante o caso concreto, controlando a constitucionalidade. Esclarece José Afonso da Silva¹⁸:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. (...) Todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Nesse sentido, a lei deve ser compreendida de acordo com os ditames constitucionais. O juiz tem a possibilidade e até mesmo o dever de controlar os casos de inconstitucionalidade por omissão, resolvendo o caso de conflito de princípios pela regra do balanceamento. Conforme Luiz Guilherme Marinoni¹⁹:

Como o juiz deve dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da Constituição, ele obviamente não pode formular a norma jurídica do caso concreto olhando apenas para a Constituição. Para a prestação da tutela

¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 96.

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 98.

¹⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 46.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 114.

jurisdicional é imprescindível a consideração das necessidades do direito material.

A jurisdição é uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos²⁰. O direito à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz. Sendo assim, a decisão deve individualizar a técnica processual ao tutelar o direito. O processo civil deve ser pensado com vistas ao direito material e a situação do caso concreto, como no caso da Tutela Antecipatória (art. 273 do CPC)²¹ e das normas processuais abertas (art. 461 do CPC)²².

Ainda, o juiz é o agente da solução do caso concreto, vez que deve agir mesmo no caso de omissão legislativa, justificando e fundamentando suas decisões. Pode-se dizer, portanto, que há uma técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva²³. Nesse sentido, segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁴:

A ampla defesa e o contraditório, na época do direito liberal clássico, eram pensados de maneira rígida, pois constituíam garantias de liberdade contra o arbítrio do juiz, enquanto, no Estado contemporâneo, assumiram conformação elástica, por terem passado a servir para a modelação de procedimentos adequados à tutela de novas realidades.

A jurisdição sempre atua em uma situação concreta, um determinado problema que é levado à apreciação do órgão jurisdicional. Nesse sentido, a função jurisdicional tem como característica produzir a última decisão sobre a situação apresentado em juízo, ou seja, aplica-se o direito à situação sem que haja subordinação posterior a nenhum outro poder. A jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição²⁵. Mais que isso, a jurisdição é um poder político, vez que se traduz numa capacidade de decidir imperativamente e impor decisões.

As decisões judiciais são dotadas de definitividade, indiscutibilidade e imutabilidade. Daí é falar acerca da aptidão para a coisa julgada material

²⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução...**, p. 102.

²¹ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

²² Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 133.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual...**, p. 47.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução...**, p. 102.

(Constituição Federal, art. 5º, XXXVI) – outro aspecto peculiar das decisões judiciais. A coisa julgada material, além de se constituir em pilar do Estado Democrático de Direito, é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva²⁶.

Nem sempre a rápida solução do litígio traz uma decisão justa. A injustiça da decisão, por mais que o processo tenha sido justo em razão de sua agilidade e celeridade, é causa de insatisfação popular tanto quanto a morosidade na prestação da tutela jurisdicional²⁷. O justo processo em seu aspecto material ocorre quando é um instrumento de realização dos direitos, com acerto verdadeiro ou próximo da realidade. Daí a importância do poder *ex officio* do juiz acerca da instrução probatória.

Para a justa decisão o juiz deve individualizar a interpretação do caso concreto. No Estado Liberal o vencedor do processo era aquele com os meios mais hábeis. Hoje, com a função social do processo e sua concepção publicista, abriu-se espaço para a justiça material, ou seja, uma tutela jurisdicional eficiente. Para isso, o magistrado precisa ser ativo em busca da verdade, suprindo lacunas deixadas pelas partes. Ensina José Carlos Barbosa Moreira²⁸:

Será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material. (...) Será socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da justiça. (...) O processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais.

Nesse passo, podemos destacar as linhas evolutivas do processo civil²⁹. A primeira fase é a do Sincretismo, quando não havia uma ciência do processual: processo e o direito material se confundiam. A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material. O processo era, meramente, um meio de exercício dos direitos. Esta fase vai até o século XIX, quando surge a ciência do processo. A segunda fase foi autonomista, marcada por construções científicas da ciência

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral...**, p. 133.

²⁷ SOUZA, Artur Cesar de. **Justo Processo ou Justa Decisão**. In: Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Junho 2011, n. 196, p. 29.

²⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. Conferência, In: Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Janeiro - Março 2002, n. 105.

²⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 48-50.

processual³⁰. Neste momento, foram delineadas teorias acerca da natureza jurídica da ação e do processo. Por fim, a terceira fase, ainda em curso, instrumentalista. Esta fase é eminentemente crítica, onde foi elevado o direito processual constitucional como método supralegal no exame dos institutos do processo. Desde então se desenvolveram ondas renovatórias no âmbito da tutela jurisdicional: melhoria da assistência judiciária, tutela dos interesses supra-individuais e a simplificação dos procedimentos.

2.4 A EVOLUÇÃO DOS PODERES DO JUIZ NO BRASIL

No Brasil ainda depois da Proclamação da República o processo civil continuou a ser disciplinado pelas Ordenações Filipinas. Destaca-se o comentário de José Afonso da Silva³¹:

A jurisdição hoje é monopólio do Poder Judiciário do Estado (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). Anteriormente ao período moderno havia jurisdição que não dependia do Estado. Os senhores feudais tinham jurisdição dentro de seu feudo: encontravam-se jurisdições feudais e jurisdições baronais. Lembre-se de que os donatários das Capitâneas Hereditárias no Brasil colonial dispunham da legislação civil e criminal nos territórios de seu domínio. No período monárquico brasileiro, tínhamos a jurisdição eclesiástica, especialmente em matéria de direito de família, a qual desapareceu com a separação entre Igreja e Estado. Agora só existe jurisdição estatal, confiada a certos funcionários, rodeados de certas garantias: os magistrados.

Com a Constituição de 1891, atribuiu-se aos Estados a competência para legislar acerca do processo civil; alguns Estados concederam ao juiz a possibilidade de diligenciar ao encontro da verdade, como o CPC da Bahia³².

Com a Constituição de 1934 houve um retorno à unidade nacional processual e em 1939 foi inaugurado o Código de Processo Civil Brasileiro. Neste momento, adentrou-se a uma ideia publicista do processo, delegando ao juiz a

³⁰ “Faltou na segunda fase, uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, sem o reconhecimento das suas conotações deontológicas e sem a análise dos seus resultados na vida das pessoas ou preocupação pela justiça que ele fosse capaz de fazer”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral...**, p. 50.

³¹ AFONSO DA SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 46.

³² MIRANDA, Vicente. **Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 27.

direção do processo, através da investigação dos fatos na busca pela verdade³³. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

Na Exposição de Motivos do Código de 1939, de onde se destaca o seguinte trecho: 'A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja pelos meios adequados o objetivo de investigação dos fatos para descoberta da verdade'. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em conhecer.

O CPC de 1939³⁴ significou um avanço, vez que permitiu ao juiz ordenar diligências à instrução do processo, ampliando seus poderes instrutórios. Isto se fez como reflexo de um processo de viés publicista, no qual o juiz é o Estado administrando a justiça e não apenas analisando os fatos de forma mecânica.

Posteriormente, no Código de Processo Civil de 1973³⁵, era dever do juiz velar pela rápida solução do litígio e reprimir ato contrário à dignidade da justiça. O referido diploma legal prevê, no seu art. 130³⁶, a possibilidade de o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo.

O art. 130 do CPC é o principal dispositivo que confere poderes instrutórios ao juiz. Há ainda artigos espalhados pelo CPC que garantem a ação do magistrado, tais como o 440 (que disciplina a inspeção judicial) e o 462 (que determina a postura do juiz em situação peculiar no momento de proferir a sentença)³⁷.

³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral...**, p. 59.

³⁴ Art. 117. A requerimento ou ex-officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.

³⁵ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

³⁶ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

³⁷ Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa. Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

3 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS E A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ

Para que se possa falar sobre os poderes instrutórios do juiz é preciso antes analisar os princípios processuais que com eles se relacionam. Optou-se, portanto, em elencar os princípios do processo que se aproximam da atividade do juiz e que, por parte da doutrina, inclusive, são considerados empecilhos à ampliação desses poderes.

3.1 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

A doutrina identifica três tipos de modelos processuais: adversarial, inquisitorial e cooperativo³⁸. O modelo adversarial, no qual predomina o princípio dispositivo, coloca-se como uma disputa entre as partes, sendo meramente passivo o papel do órgão jurisdicional. Nesse sentido, aplica-se o modelo adversarial quando o legislador atribui às partes a condução do processo. Já no modelo inquisitorial, vinculado ao princípio inquisitivo, o protagonista do processo é o juiz. Por isso, quantos mais poderes forem atribuídos ao juiz, mais próximo se estará do modelo processual inquisitorial.

A disponibilidade pode surgir em diversos momentos do processo: instauração, produção de provas, delimitação do objeto litigioso, questões de fato e de direito, entre outros. No processo civil brasileiro o legislador adotou o princípio inquisitivo para algumas questões e o dispositivo para outras.

Nesse passo, pode-se dizer que a instauração do processo e a delimitação do objeto litigioso são atribuições das partes, de acordo com o princípio dispositivo, tendo em vista o artigo 128 do CPC³⁹. De outra ponta, a investigação probatória é ampla, vez que o juiz tem poderes instrutórios para determinar a produção de provas *ex officio*, conforme o art. 130 do CPC. Sendo assim, é correto dizer que não há sistema inteiramente adversarial ou inquisitorial, vez que os procedimentos derivam de combinações entre os modelos. No Brasil, falamos na predominância de um ou de outro conforme a matéria de aplicação.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução...**, p. 84.

³⁹ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Para a doutrina tradicional, o juiz deve julgar o processo com base naquilo que for alegado pelas partes. Nesse sentido, caberia às partes a iniciativa processual, estabelecendo o conteúdo, limites e direção do processo.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, porém, o princípio dispositivo relaciona-se apenas com o direito material disponível no processo, pelo qual as partes tem grande liberdade de disposição, sendo o juiz impedido de se opor à vontade delas. Portanto, pode-se dizer que o princípio dispositivo trata da relação de direito material e não processual. De acordo com o autor⁴⁰:

Conclui-se assim que a denominação “princípio dispositivo” deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes relacionados diretamente com o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexos com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado “princípio dispositivo”.

A par disso, a ideia de atuação do magistrado atrelada à disponibilidade do direito material não é de todo correta, pois o juiz age com o intuito de alcançar os escopos do processo, sem observar o tipo de direito tutelado, vez que no processo civil brasileiro é livre a investigação probatória pelo magistrado.

É possível dizer, porém, que no caso de direitos indisponíveis deve haver uma maior atividade do juiz na busca pela verdade, no caso de tutela do direito à vida, dignidade da pessoa, bem como interesses coletivos e difusos, tendo em vista a relevância social do direito.

O princípio dispositivo não pode ser uma barreira ao exame dos fatos pelo juiz, vez que a função jurisdicional deve sobrepor-se aos interesses das partes. Além disso, o juiz deve atuar de forma dinâmica na instrução probatória, com vistas à reprodução da realidade jurídico-material.

A atividade proativa do juiz é uma tendência que objetiva a concretização dos objetivos do processo através da justa decisão e pacificação social. É possível conciliar o princípio dispositivo com os poderes instrutórios do juiz: aos litigantes compete formular suas respectivas pretensões e ao juiz conduzir o processo utilizando-se de seus poderes.

⁴⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e apl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 102.

O alcance dos poderes do juiz limita-se pelas partes no que tange o princípio da demanda. Nos parâmetros da lide indicados pelas partes o juiz deve desenvolver a atividade instrutória ao máximo para atingir o objetivo do processo, ou seja, a devida tutela jurisdicional almejada pelas partes. Uma exceção ao princípio da demanda, em que se permite o julgamento *extra petita*, é no caso de aplicação e alteração de multa coercitiva prevista no CPC⁴¹.

Parte da doutrina relaciona o modelo inquisitorial a regimes autoritários e o adversarial a regimes liberais. Entretanto, segundo Fredie Didier Jr., tais relações não são verdadeiras, vez que o processo dispositivo não é sinônimo de processo democrático.

3.1.1 O Processo Cooperativo

O modelo cooperativo define a estrutura do processo civil brasileiro, o qual prevê um redimensionamento do princípio do contraditório com a inclusão do órgão jurisdicional no diálogo processual juntamente às partes⁴². Daí a condução do processo não ser mais apenas liderada pelas partes, mas há presença do órgão jurisdicional, num intento de cooperação em busca do escopo processual, qual seja, a tutela jurisdicional efetiva. As partes devem trabalhar juntas para recompor a realidade fática ensejadora do litígio e, para que, assim, o magistrado possa prestar a devida tutela jurisdicional.

A doutrina relaciona o modelo cooperativo a uma perspectiva democrática do processo, através do equilíbrio entre as partes. Ainda, o órgão jurisdicional é paritário na condução do processo, mas assimétrico no momento da decisão, vez que o ato decisório é exclusivo do juiz. Mesmo assim, a decisão naturalmente será reflexo da atividade processual em cooperação.

O processo cooperativo imputa deveres aos sujeitos processuais⁴³. Com relação ao órgão jurisdicional, há o dever de lealdade, em homenagem ao princípio da boa-fé processual. Ainda, o dever de esclarecimento, vez que o juiz deve

⁴¹ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 4o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

⁴² DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução...**, p. 88.

⁴³ *Ibidem*, p. 90.

esclarecer às partes quando haja dúvidas acerca dos atos decisórios. O dever de consulta, segundo o qual o juiz não pode decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem a devida intimação das partes.

Por fim, o dever de prevenção, pelo qual o juiz deve apontar as incongruências dos requerimentos das partes, para que possam ser supridas. Um exemplo do dever de prevenção é o caso da emenda à inicial, prevista no art. 284 do CPC⁴⁴, o qual determina que o juiz oportunize à parte a correção da petição antes de extinguir o feito por indeferimento.

O processo civil contemporâneo exige um processo de estrutura cooperativa, através da colaboração entre os sujeitos processuais – partes e magistrado. Além disso, pela cooperação ampliam-se as chances de uma tutela jurisdicional favorável àquele que tem razão.

3.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

O princípio da imparcialidade constitui uma característica indispensável para o exercício da jurisdição, vez que é uma garantia fundamental do cidadão, bem como do juiz no seu exercício profissional. No entanto, muito se questiona acerca da compatibilidade entre o princípio da imparcialidade e a atividade probatória do juiz.

Um dos argumentos mais utilizados pela doutrina contra a iniciativa probatória do juiz é acerca da imparcialidade do julgador⁴⁵. Segundo este pensamento, o juiz romperia com sua imparcialidade no momento em que determinasse a realização de uma prova e esta beneficiasse uma das partes do processo. Ainda, que uma investigação do juiz faria com que este se abalasse psicologicamente. Nesse sentido, tal concepção defende que a distância do juiz no momento da produção da prova seria imprescindível para manter a sua imparcialidade.

A doutrina majoritária, no entanto, não compartilha de tal pensamento, vez que não fere o princípio da imparcialidade o juiz que exerce em sua plenitude os poderes instrutórios que lhe são conferidos pela legislação. Ainda, o juiz quando

⁴⁴ Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

⁴⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 230.

determina a produção de certa prova não sabe a quem a prova aproveitará⁴⁶. Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁴⁷, “ao contrário, supõe-se, na fase atual, que parcial é o juiz que, sabendo que uma prova é fundamental para a elucidação da matéria fática, queda-se inerte”.

Não há favorecimento de uma parte em detrimento da outra, mas uma busca incessante pela verdade dos fatos. O fundamento, portanto, é verificar qual das partes realmente tem razão, sob pena de favorecer aquela que não tem. Um juiz proativo não significa um juiz parcial, mas que exerce sua atividade com vistas aos escopos fundamentais do processo. Conforme esclarece José Carlos Barbosa Moreira⁴⁸:

Ora, se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto a mesma censura na hipótese de omitir-se, com efeito a subsistente falta da prova, conseqüente à omissão, poderia favorecer a outra parte.

Desde a concepção publicista do processo, não foi possível manter o juiz como mero expectador⁴⁹. Sendo assim, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados, passando a ter uma posição ativa no processo, impulsionando o andamento da causa, determinando produção de provas, conhecendo *ex officio* certas situações, dialogando com as partes, reprimindo condutas irregulares, entre outros. É possível afirmar, então, que o princípio dispositivo mitigou-se com o tempo, a ponto de permitir amplos poderes ao juiz na condução do processo.

O melhor método de controle da imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar as suas decisões⁵⁰. A iniciativa probatória do juiz, então, torna-se legítima a partir do momento em que ele precisa motivar as suas decisões e após o devido exercício do contraditório na produção da prova. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque⁵¹:

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p.119.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67.

⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. In: **Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz**. Revista Jurídica, Porto Alegre, agosto 1988, ano XLVI, n. 250, p. 21-22.

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral...**, p. 59.

⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 121.

⁵¹ *Ibidem*, p. 123.

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma nenhuma afeta sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento, e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, não importa quem traga ao processo a necessidade de determinada prova, mas que o magistrado limite-se à análise da matéria fática sem influenciar-se por outros elementos externos. Para isso, é preciso que as partes sempre tenham oportunidade de se manifestar acerca das provas, ou seja, o contraditório e a ampla defesa sejam devidamente utilizados.

Um juiz atento à realidade social não pode ignorar o fato de que muitas vezes as partes estão em situação desigual na lide. Nas medidas legais, o juiz deve sim esforçar-se para diminuir o desequilíbrio entre os litigantes, utilizando os devidos poderes instrutórios para isso.

O magistrado deve ser imparcial, mas não neutro, pois é um cidadão e tem seus pensamentos e opiniões como qualquer pessoa, valendo-se de suas experiências para decidir as situações. Entretanto, a imparcialidade, neste ponto, diz respeito ao fato de o juiz não agir como parte no processo, ou seja, não julgar segundo seus próprios interesses, mas proferir uma decisão justa de acordo com o caso concreto.

3.3 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade norteia a atividade do juiz no processo, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal⁵² – sendo esta a igualdade perante a lei, premissa para a igualdade perante o juiz. Na esfera processual o CPC traz em seu art. 125, inciso I⁵³, que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento. As

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁵³ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

partes e seus procuradores merecem tratamento igualitário para que tenham as mesmas oportunidades em juízo⁵⁴.

A observância da igualdade não deve limitar-se à formal, mas atingir a material, vez que o princípio da igualdade real impõe que sejam supridas as desigualdades entre as partes e se atinja a igualdade substancial. Assim, o juiz deve implementar efetivamente o princípio da igualdade processual em homenagem ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é possível dizer que os poderes instrutórios do juiz apresentam duas funções: garantir o princípio da igualdade entre as partes, aniquilando a desigualdade entre elas, bem como realizar os escopos do processo através da verdade, estando seguro de sua decisão e das alegações formuladas pelas partes, atingindo a justa decisão e a pacificação social.

Os sujeitos processuais devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade⁵⁵. A igualdade seria, portanto, a garantia dada às partes das mesmas oportunidades e instrumentos processuais para que possam defender seus direitos. O princípio da igualdade reflete um contraditório substancial entre as partes – o que faz com que o referido princípio confunda-se com o devido processo legal substancial. Segundo Nelson Nery Jr.⁵⁶:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório.

A garantia constitucional da isonomia deve, evidentemente, refletir-se no processo⁵⁷. A igualdade formal entre as partes não é compatível ao Estado Democrático de Direito. Entre as regras que não asseguram a verdadeira igualdade encontra-se a da disponibilidade das provas pelas partes, vez que, muitas vezes,

⁵⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral...**, p. 59.

⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução...**, p. 69.

⁵⁶ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 128.

⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 105.

ocorre um desequilíbrio entre os litigantes no processo. Daí, para a concretização do princípio da igualdade real, é essencial a interferência do órgão jurisdicional.

O processo deve ser dotado de meios que promovam a igualdade entre as partes – sendo um destes meios a participação do juiz na dinâmica da prova. A igualdade entre as partes ocorre quando a decisão não resultar de superioridade econômica. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁸:

Não se pode aceitar que, em razão da insuficiência de um dos litigantes, chegue-se a uma decisão injusta que não corresponda à realidade fática submetida a julgamento. Isso representaria um verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional, cuja finalidade é promover a atuação da norma aos fatos efetivamente verificados. Somente assim se alcançará a efetiva paz social. Inadmissível que eventuais desigualdades impeçam esse resultado. Por isso, torna-se absolutamente necessário que o magistrado desenvolva atividades probatórias, quando imprescindíveis à correta apuração dos fatos.

Conforme mencionado, a igualdade de tratamento prevista no art. 125 do CPC não se restringe ao aspecto formal, pois hoje se pensa muito mais em justiça do que na técnica processual. Para a concretização da igualdade entre às partes é necessário atingir a isonomia, ou seja, tratar desigualmente os desiguais. No processo, o magistrado poderá utilizar seus poderes instrutórios para a concessão da tutela jurisdicional efetiva através da isonomia, ampla defesa e o contraditório. Por isso, a atuação probatória proativa do juiz não fere o princípio da igualdade, mas, ao contrário, garante às partes a efetivação de tal princípio.

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 109.

4 A FUNÇÃO DA VERDADE E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A concessão de poderes ao magistrado é uma questão de política legislativa. O Código de Processo Civil Brasileiro autoriza que o juiz determine provas de ofício. Assim, no que se refere à produção de provas, o sistema é inquisitivo. Esse poder de produzir provas é paralelo ao das partes.

4.1 A VERDADE COMO O PRESSUPOSTO PARA A PROVA

Ao tratar do tema da prova no processo se fala também na questão da função da prova e, intuitivamente, a ideia de que pela prova se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos, sobre os quais será fixada a regra jurídica abstrata⁵⁹. Por isso, um dos princípios de importância ao processo civil é o da verdade substancial.

A descoberta da verdade sempre foi essencial para o processo, considerada como um dos seus principais objetivos. Atualmente, porém, pode-se dizer que ao processo cabe buscar a verdade como condição de justiça. O papel do juiz é legítimo na medida da necessidade pela busca da verdade⁶⁰.

A verdade sempre foi um fator de legitimação do processo como um todo. Relacionam-se à ideia de verdade dois importantes institutos do direito processual civil: a prova e a coisa julgada. A função primordial do processo é “conhecer” – e essa é a legitimação da atividade jurisdicional⁶¹.

Há uma espécie de culto à verdade, herança romana, quando o juiz podia se abster de julgar quando não chegasse até a verdade. Hoje, no caso do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, há a coisa julgada *secundum eventum litis* – caso em que a demanda é julgada improcedente por falta de provas e não incide a coisa julgada. Nesse sentido explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁶²:

O mesmo ocorre com a tendência da doutrina mais atual de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita da prova. A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁶¹ *Ibidem*, p. 31.

⁶² *Ibidem*, p. 32.

é instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados.

Segundo José Manoel Arruda Alvim⁶³ a verdade formal é aquela refletida no processo, ou seja, que sustenta a decisão judicial. Seria a verdade resultante da fase instrutória da ação – verdade esta que poderia, então, não representar a verdade dos fatos.

A doutrina recente entende, porém, que hoje não se justifica uma distinção entre verdade formal e substancial⁶⁴. Até porque, o processo civil trabalha com interesses fundamentais da pessoa humana. À verdade formal, então, não se atribui nenhuma efetividade prática, sendo apenas um argumento retórico para desculpar a inércia do juiz na reconstrução dos fatos.

Pela concepção clássica, a função da prova seria a de descobrir a verdade, ou seja, algo autêntico. Partindo desse pressuposto, pode-se dizer que a função principal do processo é buscar a verdade substancial⁶⁵. A ideia de verdade no processo exerce um papel de controle da atividade do juiz e, ao mesmo tempo, a busca pela verdade impulsiona a função jurisdicional, pois a atuação do juiz será legítima se contida dentro dos parâmetros fixados pelo processo.

Atualmente, sabe-se que o conceito de verdade absoluta é utópico, vez que não se pode dizer com certeza que o produto resultado do processo efetivamente corresponderá à verdade. A reconstrução da realidade fática nos autos sempre é influenciada por aspectos subjetivos das pessoas.

Por isso, no processo, as regras acerca da produção de provas não se destinam à descoberta da verdade, propriamente dita, mas para delimitar os limites da atividade probatória. O paradoxo é que se quer um juiz que seja justo e consiga descobrir a verdade, em que pese o reconhecimento da falibilidade humana e o condicionamento do processo às formas legais que, muitas vezes, não o permitem atingir um ideal⁶⁶.

A verdade não é um valor do processo, não é um fim, mas um meio. O que se busca é uma solução justa. Diante do poder instrutório, não se pode afirmar que vigora no processo a verdade formal, mas também não há verdade real, pois a

⁶³ ARRUDA ALVIM, José Manoel. In: **Dogmática Jurídica e o Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro – março 1976, n.1.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 34.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2 – Processo de Conhecimento**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 250.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 254.

verdade que se busca no processo é a verdade possível de ser apreendida nos limites do devido processo legal.

Segundo Fredie Didier Jr⁶⁷, a verdade é algo inatingível. Por isso, a prova não teria o condão de reconstituir um evento pretérito, e não se pode reconstruir fielmente os fatos do passado. A verdade que se busca no processo, portanto, é a verdade mais próxima possível da real.

Mesmo depois da produção de todas as provas possíveis, pode restar incerteza ao juiz. Ao proferir uma decisão o juiz se baseia na sua própria verdade, ou num juízo de verossimilhança. Ainda assim, no decorrer do processo, é dever do juiz buscar, por meio das provas, o ideal da verdade.

4.2 FINALIDADE, MEIO E CONTEÚDO DA PROVA

A norma jurídica é um comando abstrato que só atua concretamente quando um fato da vida se mostra adequado a sua incidência. Daí se dizer que o direito se origina de fatos. Ainda, a norma jurídica, abstratamente considerada, não passa de palavras inertes⁶⁸.

O instrumento de atuação da norma jurídica material é o processo, mas para que isso ocorra é preciso que o julgador tenha conhecimento dos fatos que autorizam a incidência da norma⁶⁹. Sem ter a devida noção dos fatos, é impossível ao juiz dizer a solução jurídica no caso concreto⁷⁰.

Partindo-se das premissas acima elencadas, pode-se dizer que a prova não tem por objeto uma reconstrução dos fatos aos quais incidirão a regra jurídica abstrata que deverá reger o caso concreto. Sendo assim, a função da prova seria a de prestar como peça de argumentação no diálogo judicial⁷¹.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 73.

⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1 : teoria geral do processo de conhecimento**. Coordenação: Luiz Rodrigues Wambier. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005. p. 427.

⁶⁹ “Não é o bastante as partes alegarem fatos, mas é preciso que o magistrado se certifique da veracidade do quanto se alegou, o que se faz através das provas”. THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol.1, p. 375.

⁷⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1...**, p. 427.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 53. Nesse sentido, “O juiz deve julgar segundo o alegado em processo, porque o que não está nos autos não está no mundo”. NERY

Para Francesco Carnelutti, “provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação, quando se fala em provar um fato, ocorre assim pela costumeira mudança entre a afirmação e o fato afirmado”⁷².

No que diz respeito à prova, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁷³, que “a prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das preposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. Embora hoje a prova não se relacione com a verdade em essência, a busca pela verdade ideal sempre será a meta do juiz no processo.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier, Flávio de Almeida e Eduardo Talamini, “prova, portanto é o modo pelo qual o magistrado toma conhecimentos dos fatos que embasam a pretensão das partes. É instituto tipicamente processual, pois ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais, embora o Código Civil tenha tangencialmente cuidado da matéria”⁷⁴. Nesse sentido, a prova seria o instrumento processual adequado para levar ao conhecimento do juiz os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.

A finalidade da prova é permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa. O juiz é o principal destinatário da prova, sendo as partes destinatárias indiretas⁷⁵. A prova é feita para a comprovação de afirmações de fatos formuladas pelo autor na petição inicial ou pelo réu na resposta.

As partes alegam e comprovam situações de fato e de direito que embasam suas pretensões. Portanto, confere-se às partes a oportunidade de comprovar se suas respectivas afirmações são verossímeis. A prova atua como argumento retórico para convencer o juiz de que a afirmação feita efetivamente ocorreu. Explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁷⁶.

JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor**, 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 721.

⁷² CARNELUTTI, Francesco. **Sistema e Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book. 2000. Vol. 2, p. 495.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2...**, p. 261.

⁷⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1...**, p. 427.

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 75.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 56.

Dessas afirmações ressurgem a importância de se colocar o juiz no centro do problema probatório. Como destinatário final da prova, é ele quem deve estar convencido da validade (ou não) das proposições formuladas. A argumentação probatória, portanto, deverá tomar em conta, também, as características próprias do juiz, porque o seu convencimento, necessariamente, há de estar condicionado por inúmeras variáveis políticas, econômicas, sociais etc.

A doutrina diferencia o meio do conteúdo da prova⁷⁷. Os meios de prova são as diversas modalidades pelas quais a ocorrência dos fatos chega ao conhecimento do juiz. Já o conteúdo da prova é o resultado que o meio produz, ou seja, o conhecimento que o juiz passa a ter dos fatos, porque lhe foram levados pelo meio.

Sendo assim, o meio é o mecanismo pelo qual o juiz conhece os fatos, os quais, demonstrados, formam o conteúdo da prova. Em regra, não há hierarquia entre os meios de prova, vez que, de acordo com o artigo 131 do CPC⁷⁸, adota-se o Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Os meios de prova regulados são⁷⁹: depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, documental, testemunhal, pericial e inspeção judicial.

O convencimento do órgão jurisdicional se dá através do critério racional, bem como pela experiência. O juiz deve perceber o que acontece normalmente com os casos, como parâmetro para concluir pela validade ou não de determinada pretensão. Ainda, o juiz não age inerte ou neutro, tendo suas convicções próprias⁸⁰.

Cabe ao juiz fixar os pontos controvertidos da demanda e determinar sobre quais questões recairá a produção da prova, sendo devida a iniciativa probatória do juiz, para corroborar com o seu livre convencimento.

O acesso efetivo à prova é garantia constitucional decorrente do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e ampla defesa⁸¹. Daí a necessidade de o sistema processual infraconstitucional assegurar às partes uma ampla participação no convencimento do juiz. No caso do Código de Processo Civil Brasileiro, o art.

⁷⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1...**, p. 428.

⁷⁸ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁷⁹ “É da substância do direito processual fornecer o rol dos meios de prova admitidos no processo, a discriminação detalhada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador”. NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado...**, p. 719.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 55.

⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 26.

332⁸² prevê a possibilidade de a parte se valer de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e moralmente legítimo.

4.2.1 Características do Fato Probando e Fatos que Independem de Prova

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁸³, o fato probando deve ser controvertido, vez que onde não existe controvérsia a questão se resolve com a mera aplicação da lei. Independem de prova os fatos ocorridos por presunção legal, exceto quando requerida pelo juiz para o seu convencimento.

O fato probando deverá ser relevante à causa, ou seja, influenciar diretamente a solução do litígio. Ainda, a terceira característica do fato probando é que ele deve ser determinado, vez que fato indeterminado é insuscetível de prova.

Conforme o art. 334 do CPC⁸⁴, independem de prova os fatos: notórios, afirmados por uma e confessados pela outra parte, não contestados ou admitidos no processo como incontroversos e fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Ainda, independem de prova fatos irrelevantes para o deslinde da causa.

Os fatos notórios são aqueles que fazem parte da cultura normal própria de determinado grupo social no momento em que se produz a decisão⁸⁵. É importante que a notoriedade se revele segundo a apreciação do juiz.

Em regra, o juiz não pode conhecer de ofício as questões de fato. Entretanto, a notoriedade de um fato afirmado pela parte poderá ser conhecida de ofício pelo magistrado, caso em que dispensará prova da veracidade da afirmação do fato⁸⁶.

Na confissão os fatos independem de outro meio de prova⁸⁷. Os fatos incontroversos independem de prova porque não há controvérsia, sendo assim, não são considerados fatos probandos.

⁸² Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

⁸³ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 44.

⁸⁴ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 45.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 47.

4.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 130 DO CPC

Uma questão amplamente debatida é a concessão de poderes processuais ao juiz, principalmente no campo probatório⁸⁸. É inegável que a publicização do processo alterou completamente o panorama da doutrina processual, conferindo ao juiz o controle e a condução do processo, para que possa atuar com mais flexibilidade e atender os anseios constitucionais contemporâneos, sem perder de vista o princípio da legalidade. Nesse sentido, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz resulta em uma prestação jurisdicional mais condizente com a finalidade do processo⁸⁹.

A despeito de ônus conferidos às partes, a função pública do processo reclama a relativização de formalismos, para que se realize a justa tutela jurisdicional. A partir do momento em que as partes se submetem à jurisdição para resolução dos litígios, submetem-se à decisão do órgão jurisdicional, sendo dever do Estado-juiz assegurar a efetividade do processo.

Aos juízes cabe a tarefa de entender o fenômeno, bem como incorporar a responsabilidade que lhes foi atribuída, utilizando-se dos poderes de forma correta para que não se torne arbítrio em face os jurisdicionados. Conforme explica Trícia Navarro Xavier⁹⁰:

Ao declarar a impossibilidade de que os juízes atuem na instrução do processo, aproxima-se a magistratura a uma repartição burocrática, desvestindo-a de seu caráter pacificador social e tornando-a uma mera expectadora da atividade das partes e da sorte do resultado do processo. (...). Há de se pensar que a atuação instrutória do juiz constitui um poder-dever-função que visa sempre a perfeita entrega jurisdicional, de modo que a inércia do magistrado diante da instrução do feito traz malefícios tanto às partes da relação processual, quanto à sociedade, configurando, inclusive, falta disciplinar grave.

Sobre a ciência processual civil, trata-se de ramo autônomo do direito, regido por princípio de direito público. Tendo em vistas os objetivos do Estado Democrático de Direito, o processo é dotado de um caráter instrumental em relação ao direito material. Nesse sentido comenta José Roberto dos Santos Bedaque⁹¹:

⁸⁸ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo do Juiz em Tema de Prova**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio 2008, n. 159, ano 33, p. 173.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 15.

Quanto mais o resultado da atividade jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Nessa medida, não se pode aceitar que o juiz, por submissão a dogmas superados, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente demonstrados, se ele tiver condições de, mediante iniciativa instrutória, contribuir para a formação do conjunto probatório.

Aqui se fala, portanto, da função social do processo, a qual se realiza através da efetividade da tutela jurisdicional. O objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico e, por isso, o juiz deve assumir posição ativa na investigação do conflito, não se limitando apenas aos elementos trazidos pelas partes⁹².

Para que o juiz chegue à convicção, precisa utilizar-se de mecanismos capazes de esclarecer obscuridades acerca da prova dos fatos quando necessário. Em virtude disso, quando se fala em direitos indisponíveis, com prevalência do interesse público, há uma compreensão no sentido positivo pelos aplicadores do direito; contudo, no caso dos direitos disponíveis, há grande resistência⁹³.

Embora haja ligação entre a relação jurídica de direito material e a de direito processual, não se pode confundir uma com a outra, vez que cada uma tem sua estrutura própria. Cabe às partes influenciar na relação jurídica de direito material, mas não na de direito processual. Em se tratando de direitos disponíveis as partes podem deles dispor, cabendo ao juiz verificar se as partes praticaram atos de acordo com a lei.

Não se quer negar o importante papel das partes no processo e na instrução probatória. Porém, esta função não se restringe a elas. Assim, seja qual for a relação jurídica de direito material, haverá interesse público no desencadeamento do processo. O magistrado precisa ter sensibilidade para verificar se são necessárias mais provas além das já constantes nos autos para que se resolva a controvérsia. O poder do juiz deve ser amplo para que possa formar o seu convencimento.

Como o próprio juiz é o principal destinatário da prova, bem pode avaliar quais os meios de que necessita para a formação do seu convencimento. A colheita de elementos probatórios interessa tanto ao juiz quanto às partes⁹⁴. O processo será

⁹² “No processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa”. THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol.1, p. 380.

⁹³ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 184.

⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 17.

mais justo quanto maior correspondência houver entre a reconstrução da matéria fática realizada no processo e o plano substancial.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a prova de ofício deve ser adequadamente justificada pelo juiz, o qual deve também oportunizar às partes a participação na formação e interpretação da prova⁹⁵.

A instrução não tem como objetivo encontrar a verdade absoluta, mas proporcionar ao juiz o melhor retrato dos fatos. Nesse passo, quanto maior a participação do juiz na atividade instrutória, mais perto da convicção ideal ele chegará.

Para Cândido Dinamarco⁹⁶, a partir do século XIX os poderes do juiz foram aumentados, passando a impulsionar o andamento da causa, determinar provas e conhecer circunstâncias *ex officio*. Sendo assim, pode-se dizer que no processo civil o princípio dispositivo foi se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício.

Barbosa Moreira defendeu que o juiz não precisa esperar a iniciativa das partes para buscar a certeza dos fatos controvertidos, na busca pela paz social em decisões fundadas na verdade. Ainda, ao determinar uma prova nenhum juiz sabe de antemão o resultado e a quem a prova pode beneficiar⁹⁷.

O art. 333 do CPC⁹⁸ determina a distribuição do ônus da prova de forma taxativa. Por isso, para alguns doutrinadores, como Vicente Miranda, haveria apenas uma influência supletiva por parte do juiz na produção da prova, não podendo haver uma substituição das partes, tendo em vista o princípio dispositivo e da imparcialidade⁹⁹.

Entretanto, tal concepção não é majoritária, tendo em vista a predominância da concepção inaugurada por Mauro Cappelletti, o qual defende que deve haver uma direção material do processo e não apenas processual ou na matéria

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 87.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade...**, p. 49.

⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. In: **O juiz e a prova**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 35, 1984, p. 123.

⁹⁸ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁹⁹ MIRANDA, Vicente. *Op. Cit.*, p. 217.

probatória¹⁰⁰. Sabe-se, ainda, que o poder do juiz não é ilimitado, pois atende somente às alegações das partes, com relação ao objeto da demanda.

O que se defende, então, é uma interpretação ampla do art. 130 do CPC, o qual determina uma postura ativa do juiz no que tange à produção de provas, com aplicação em qualquer órgão jurisdicional, e não apenas o 1º grau de jurisdição. A motivação da decisão judicial que requisitou a prova, bem como sua submissão ao contraditório são dois requisitos que asseguram a imparcialidade do juiz.

Os poderes instrutórios do juiz caracterizam-se por determinarem diligências de ofício com vistas à instrução do processo e convencimento do magistrado. Nesse sentido, o art. 130 do CPC constitui um poder-dever de iniciativa do juiz, sendo as situações previstas nos artigos 331 §2º, 342, 355, 360, 399, 440, 418, 437, entre outras, meramente exemplificativas, vez que a disposição do art. 130 é diz que o juiz poderá determinar as provas necessárias à instrução do processo.

É preciso dizer que os poderes instrutórios não se restringem à fase do conhecimento, vez que podem ser exercidos em qualquer situação que reclame do magistrado elementos para formar sua convicção.

4.3.1 Alcance e Limites dos Poderes Instrutórios do Juiz

Segundo a doutrina tradicional, os principais limites estabelecidos aos poderes do juiz seriam a imparcialidade, os fatos constantes dos autos, o objeto litigioso, o princípio do ônus da prova, o contraditório e a ampla defesa, os princípios da demanda, legalidade e motivação¹⁰¹.

Com relação à imparcialidade, sabe-se que cabe ao juiz realizar o equilíbrio entre as partes, não podendo permanecer inerte diante da ausência de prova fundamental à elucidação dos fatos. Ainda, o juiz não sabe a quem a prova aproveitará. Sendo assim, não há que se falar em limite aos poderes instrutórios do juiz em virtude do princípio da imparcialidade.

Sobre os fatos e circunstâncias constantes dos autos¹⁰², há aplicação do art. 131 do CPC¹⁰³ para valoração da prova e não sua produção pelo juiz. Nesse

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Oralidad y pruebas em el proceso civil**. Buenos Aires, Ejea. 1972.

¹⁰¹ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 176.

¹⁰² *Ibidem*, p. 179.

sentido, é certo que o juiz não poderá se utilizar de elementos externos aos autos para decidir, mas limitar seu convencimento aos elementos constantes dos autos, sejam eles decorrentes de produção de provas pelas partes ou pelo juiz, bem como pelo critério de ônus da prova, o qual constitui regra de julgamento.

Acerca do objeto litigioso, serve para identificar o ponto controvertido existente entre as alegações das partes, sobre o qual o juiz deverá se pautar na fase instrutória da demanda. Não se fala, portanto, de limites aos poderes instrutórios do magistrado, pois se trata meramente de técnica processual capaz de adequar-se à prova que carece aos autos, vez que não são aceitos atos protelatórios¹⁰⁴.

O princípio do ônus da prova também não é um limite ao ativismo probatório do juiz¹⁰⁵. A distribuição do ônus da prova significa que cada parte possui a incumbência de provar as suas alegações. O não cumprimento do ônus pode acarretar prejuízo no momento do julgamento.

No entanto, a partir do momento em que se exige um comportamento atuante do magistrado, sua iniciativa deve ser a mais eficiente possível para esclarecer pontos obscuros do processo. Pode-se falar, então, que o princípio do ônus da prova regula a iniciativa primária das partes na produção da prova, mas não impõe qualquer limite à instrução efetuada pelo juiz.

O contraditório e a ampla defesa proporcionam um equilíbrio argumentativo e uma decisão judicial legítima¹⁰⁶. O magistrado tem o dever de controlar o contraditório e a ampla defesa, vez que, caso contrário, haverá uma fragilidade processual para se proferir uma sentença justa. Todavia, ainda que os referidos princípios constitucionais sejam exigidos, não se tratam de limites à atividade do juiz, mas requisitos para o desenvolvimento regular do processo.

O princípio da demanda estabelece que a jurisdição somente atua quando provocada¹⁰⁷. Em que pese ser de iniciativa da parte provocar a jurisdição e determinar o objeto litigioso, o processo se desenvolve por impulso do juiz, que não depende de manifestação da parte interessada.

¹⁰³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

¹⁰⁴ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 180.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 181.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 182.

¹⁰⁷ *Idem*.

Sendo assim, pode-se dizer que os poderes instrutórios devem obedecer alguns requisitos, quais sejam: o pedido das partes, decisão motivada que aponte os motivos que conduziram a tomar a iniciativa de determinar a prova, oportunidade de contraditório e ampla defesa às partes, vedada a produção de provas por meios ilícitos.

Os atos do juiz devem obedecer ao princípio da legalidade, podendo o magistrado preencher as lacunas probatórias para formar seu convencimento, conforme previsto no Código de Processo Civil. Por fim, quanto à motivação, todos os atos decisórios do juiz devem ser devidamente motivados, para que sejam regulares e válidos.

Ao juiz é dado pelo sistema adentrar na atividade probatória, tendo em vista a necessidade da prova para a formação da sua convicção. Nessa linha, há uma divergência na doutrina quanto à extensão da atuação do juiz no âmbito probatório. Segundo a doutrina tradicional, o juiz deverá fazê-lo de maneira subsidiária¹⁰⁸. Ou seja: o juiz deverá atuar apenas se os atos probatórios praticados pelas partes não se mostrarem suficientes.

Não obstante, esse posicionamento não parece prosperar, pois é incompatível com a ideologia contemporânea de processo social e democrático¹⁰⁹. Sendo assim, defende-se no presente trabalho os poderes amplos do juiz no processo e, principalmente, em matéria de prova. Ensina Fredie Didier Jr.¹¹⁰:

Hoje em dia, tal como previsto no art. 130 do CPC, predomina o entendimento de que ao juiz são reconhecidos amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida no processo. As vezes que, ainda hoje, opõem alguma resistência à ampla aplicação do art. 130 do CPC, fazem-no, no mais das vezes, por entender que haveria aí ofensa aos princípios do dispositivo, da isonomia ou do juiz natural (imparcialidade). Mas as apontadas ofensas não existem.

O juiz toma ciência dos fatos por meio das provas e estas, em regra, são produzidas pelas partes, porque o juiz não tem conhecimento direto dos fatos. São as partes que melhor podem descrever como os fatos ocorreram realmente. Sendo

¹⁰⁸ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual...**, p. 392.

¹⁰⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre o ônus da prova**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 14/10/2013.

¹¹⁰ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 23.

assim, pode-se dizer que o juiz depende das partes para formação do convencimento.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira¹¹¹ explica que a circunstância dos litigantes, em princípio, tem um interesse pessoal e direto no resultado do pleito, e por isso se sentem psicologicamente estimulados a fazer todo o possível para convencer o juiz da verdade de suas alegações. Apenas neste sentido pode-se afirmar que a iniciativa probatória do juiz é secundária.

A interpretação do art. 130 do CPC deve ser amplíssima, permitindo ao magistrado requerer qualquer tipo de prova e a qualquer momento do processo. Outra interpretação diversa, no sentido de restringir o papel do juiz, ocorrerá em detrimento da função social do processo.

É de relevância dizer que o exercício dos poderes instrutórios não implica em condutas arbitrárias. Não se trata de um debate político acerca de ideologias, mas uma definição acerca da finalidade do processo.

Ainda, há de ser verificado o Princípio da Duração Razoável do Processo, para evitar que seja dado ao juiz o poder de exaustivamente determinar a produção de provas, refletindo um inquisidor que queira a qualquer custo obter a verdade. O juiz precisa ter bom senso e equacionar a tutela jurisdicional para não comprometer a efetividade do processo.

4.3.2 Há Preclusão para o Juiz?

Diante da omissão de uma das partes acerca da prova de algum fato que a ela é devida, deve o juiz se valer dos outros elementos constantes dos autos para decidir¹¹². As regras de preclusão existem para possibilitar o curso normal do procedimento, mas não prevalecem sobre o dever do juiz de esclarecer os fatos da lide.

Por isso, a preclusão não afasta o poder destinado ao juiz de determinar de ofício a realização de provas que possam contribuir para a justiça do caso concreto. As regras de preclusão devem ser interpretadas restritivamente, vez que devem se coadunar com a garantia constitucional do devido processo legal, na qual se inclui o

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. In: **Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba**. Temas de Direito Procesual. São Paulo: Editora Saraiva, 1984. p. 83.

¹¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 21.

direito à prova. Ainda, o magistrado pode reconsiderar a decisão em que havia dispensado determinada prova.

Mesmo que a parte perca a oportunidade de produzir a prova pela preclusão temporal, pode o juiz ordenar a realização da prova de ofício, se ela for necessária para o seu convencimento. A preclusão se trata de mecanismo técnico destinado a permitir o desenvolvimento da relação processual e deve ceder diante de um valor maior como o convencimento do juiz acerca da realidade jurídico-material¹¹³.

Portanto, “o juiz tem o poder - de acordo com o sistema do Código de Processo Civil Brasileiro -, quando os fatos ainda não lhe parecem esclarecidos, de determinar prova de ofício, independentemente de requerimento da parte, ou desta já ter perdido a oportunidade processual para tanto”¹¹⁴.

Ao juiz não se aplica a preclusão temporal, sendo seus prazos classificados como impróprios, por não resultarem em nenhuma consequência processual específica. Porém, nada impede que ocorra a preclusão lógica a consumativa¹¹⁵. A preclusão lógica dispõe que o juiz não pode praticar atos logicamente incompatíveis a atos anteriores. A preclusão consumativa é aquela que veda a prática de um ato, pelo juiz, incompatível com o anterior, em razão da questão já estar consolidada pela efetivação do primeiro ato praticado.

A regra geral estabelece que as partes solicitam provas na inicial e contestação. Normalmente, porém, fazem pedidos genéricos, posteriormente sendo intimadas para esclarecer as provas que pretendem produzir para elucidar os pontos controvertidos fixados. O juiz pode determinar provas de ofício inclusive em momento posterior ao despacho saneador, vez que não há preclusão absoluta em matéria de prova à luz do art. 130 do CPC¹¹⁶.

O juiz não pode deferir uma prova e posteriormente indeferi-la por considerá-la desnecessária, ainda que se argumente que o art. 130 do CPC veda a produção de provas inúteis. A partir do momento em que o juiz defere determinada prova, ela passa a integrar o direito subjetivo da respectiva parte; uma alteração da decisão configuraria uma insegurança jurídica para todo o processo; ainda, a parte tem o direito de produzir a prova não apenas ao juiz da causa, mas visando um possível

¹¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 25.

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2...**, p. 286.

¹¹⁵ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 188.

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 104.

recurso no futuro. Uma mudança de decisão que acaba prejudicando a parte se traduz num cerceamento de defesa¹¹⁷. Nada impede que a própria parte desista da produção da prova¹¹⁸. Importante dizer que pode haver indeferimento da prova em razão de fato superveniente ao deferimento.

No caso de o juiz indeferir uma prova, poderá depois, considerando necessária, deferir-lá. A produção de provas deve ser vista sob a ótica das duas partes do processo e não apenas de quem a requereu. Sendo assim, quando uma prova é indeferida a uma das partes, passa a integrar a esfera jurídica do direito da outra parte e, não havendo recurso da parte prejudicada, a situação resta consumada.

Entretanto, um deferimento posterior da prova pode ter como fundamento os poderes instrutórios do juiz¹¹⁹. Pode ocorrer, ainda, que o juiz indefira a prova oral e defira a pericial; após a realização desta, torna-se necessária a produção de prova testemunhal; será possível o magistrado determinar a realização da prova oral, tendo em vista a mudança da situação fática. Por isso, mesmo proferido o saneador, o juiz pode, mais tarde, determinar a realização de outras provas, caso entenda necessária¹²⁰.

Não é possível o juiz determinar *ex officio* a produção de uma prova e depois não produzi-la, vez que o direito à produção da prova não pertence apenas ao juiz, mas aos sujeitos do processo. As partes que tenham adquirido direito à prova podem desistir a qualquer tempo da sua produção, a não ser quando as provas são determinadas de ofício, caso este em que pertencerão ao processo como um todo¹²¹.

O juiz só tem conhecimento da relação da testemunha arrolada com a parte que a indicou no momento da audiência e, muitas vezes, a testemunhas não tem conhecimento dos fatos ou podem ser contraditadas. Estes seriam fatos novos para o juiz, poder reapreciar o pedido da oitiva da testemunha e, inclusive, indeferi-lo – ou

¹¹⁷ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 189.

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 105.

¹¹⁹ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 189.

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 104.

¹²¹ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 190.

seja, aplicação do art. 130 do CPC, tendo em vista novos fatos apresentados ao magistrado¹²².

Em regra, o juiz poderá determinar a produção de provas até o momento anterior ao fim da fase instrutória, qual seja o encerramento dos debates ou oferecimento de memoriais, conforme o art. 456 do CPC¹²³. Porém, segundo o art. 132 do CPC¹²⁴, no caso de mudança do juiz, por afastamento ou transferência, o juiz que proferir a sentença poderá mandar repetir as provas já produzidas, podendo, ainda, o juiz determinar a produção de outras provas ainda que não requeridas nos autos, desde que com vistas ao contraditório e a ampla defesa.

¹²² XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 191.

¹²³ Art. 456. Encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias.

¹²⁴ Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

5 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil traz no seu art. 333 a regra de distribuição estática do ônus da prova. A seguir serão analisadas as possibilidades de articulação de tal regra, para que se realize o convencimento do juiz.

5.1 A QUESTÃO DO CONVENCIMENTO JUDICIAL

De início, é preciso esclarecer a diferença entre busca da verdade e convicção da verdade¹²⁵. Ao falarmos que a prova não pode traduzir a verdade se quis dizer que a essência da verdade é inatingível. Esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹²⁶:

É evidente que a impossibilidade de o juiz descobrir a essência da verdade dos fatos não lhe dá o direito de julgar o mérito sem convicção da verdade. Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega a possibilidade de que “as coisas não tenham acontecido assim”.

Nesse sentido, a decisão jurisdicional não encontra um fundamento na verdade na medida em que há várias verdades. Entretanto, o juiz deve buscar se convencer da verdade, com base na argumentação ou nas provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, construindo uma verdade no processo. O que legitima a decisão judicial e a coisa julgada é a devida participação das partes e do juiz na produção e interpretação da prova¹²⁷.

A convicção da verdade, então, relaciona-se com a limitação da própria possibilidade de buscar a verdade. O juiz, para pôr fim ao conflito deve sim estar convicto, pode determinar provas de ofício. Confere-se ao juiz o poder de influir diretamente no resultado da decisão. Todavia, a participação das partes no processo é imprescindível para a formação do convencimento judicial, ainda que o juiz possa atuar de ofício.

As máximas de experiência são o conjunto de juízos fundados sobre a observação do que de ordinário acontece. A presunção não é meio de prova, nem

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 84.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 85.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 97.

fonte, mas se trata de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas sempre. Comenta Vicente Higinio Neto¹²⁸:

Assim, as presunções judiciais (hominis) constituirão prova, sempre que se assentem em fatos reais e provados, aptos a gerar convicção no julgador. Distingue-se a prova de presunções da prova *prima facie*. Na primeira, há uma série de fatos provados que, relacionados entre si, dão lugar à dedução; na segunda, acrescentam-se as máximas da experiência, que se somam aos indícios e presunções.

O Código Civil se refere à presunção como meio de prova, no art. 212¹²⁹, mas quando o legislador fala em presunção, na verdade está a referir-se ao indício¹³⁰. Quando se trata de presunção legal, são normas que devem ser aplicadas pelo juiz como regras de julgamento, ou que invertem o ônus da prova. Esta hipótese de presunção admite prova em contrário quando for relativa ou tornam irrelevante a discussão sobre o fato presumido quando for absoluta.

A presunção judicial resulta do raciocínio do juiz, forma-se na consciência do magistrado¹³¹: conhecido o indício, desenvolve o raciocínio e estabelece a presunção, havendo necessidade de o indício estar provado.

5.1.1 O Convencimento Judicial e a Verossimilhança Preponderante

Quando se pensa em verossimilhança ou probabilidade não se fala em busca da verdade em essência, mas para a convicção que o juiz pode formar diante da limitação da produção de provas¹³².

A doutrina aponta diferenciação entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade¹³³. As três são consideradas graduações dentro do amplo conceito de verossimilhança, ou seja, aparência de verdade. Será possibilidade a aparência de verdade com base na argumentação unilateral de uma das partes, ou seja, sem o contraditório. A verossimilhança em sentido estrito importa na aparência de verdade que se tem com base no contraditório limitado. Por fim, a probabilidade seria a

¹²⁸ HIGINIO NETO, Vicente. **Ônus da Prova: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 95-96.

¹²⁹ Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.

¹³⁰ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 58-60.

¹³¹ *Ibidem*, p. 61.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 88.

¹³³ *Ibidem*, p. 52.

máxima aproximação da verdade ideal possível para o conhecimento humano, através do contraditório pleno.

Uma hipótese discutida pela doutrina e jurisprudência é com relação à revelia, em que a veracidade dos fatos se confirma por presunção, ainda que relativa. Neste caso, o juiz está autorizado a julgar antecipadamente a lide, se tiver formado seu convencimento diante da verossimilhança das alegações do autor¹³⁴.

Sendo assim, pode-se dizer que se as alegações foram verossímeis o juiz não deverá produzir provas, porque houve uma escolha legislativa pela efetividade em detrimento da segurança jurídica. No entanto, se as afirmações do autor não levarem ao juízo de verossimilhança, o magistrado deverá se valer dos seus poderes instrutórios, determinar a produção de provas, para então seguramente decidir.

Há duas situações distintas. A primeira é quando se fala em redução do módulo da prova para significar o que acontece quando o juiz decide no curso do processo; a segunda ocorre quando o juiz, em razão de determinadas circunstâncias, obriga-se a julgar o mérito ao final do processo com base em uma convicção de verossimilhança. Explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹³⁵:

Na primeira, a lei processual autoriza a convicção de verossimilhança, enquanto na segunda o juiz pode, ainda que sem autorização legal, excepcionalmente, decidir com base na convicção de verossimilhança. Na tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança é efeito da autorização da lei processual, ao passo que, na sentença, a redução do módulo da prova é o gruto da impossibilidade de o juiz chegar, diante do caso concreto, a um juízo de verdade, e de o direito material recomendá-la.

O juiz deve finalizar o processo com uma convicção de verdade, mas pode, excepcionalmente, de acordo com a teoria da verossimilhança preponderante, sentenciar com base em convicção de verossimilhança.

Quando o juiz não se convence, pode determinar provas de ofício. Porém, muitas vezes isso não basta para a elucidação dos fatos, quando, por exemplo, não há mais provas a produzir ou o juiz desconhece meios de prova que possam auxiliar.

Pela teoria do convencimento judicial baseada na verossimilhança o juiz pode abandonar as regras do ônus da prova quando existir um mínimo de

¹³⁴ XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 186.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 89.

preponderância das provas de uma das partes¹³⁶. Os julgamentos baseados na verossimilhança preponderante se constroem com base na proporcionalidade, nas regras da experiência e no princípio da persuasão racional.

O juiz pode estar em dúvida no momento de sentenciar. Se a dificuldade da prova e as características do direito material não justificarem a redução do módulo da prova, haverá a inversão do ônus probatório ou o julgamento improcedente da demanda¹³⁷.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “a lógica da verossimilhança preponderante se funda na premissa de que as partes sempre convencem o juiz, ainda que minimamente, o que é totalmente equivocado. O juiz não se convence quando é obrigado a se contentar com o que prepondera”.

A teoria da verossimilhança preponderante não se confunde com a possibilidade de o juiz diminuir as exigências de prova para atender às particularidades do direito material¹³⁸. Neste caso, não se trata de julgar com base na verossimilhança que preponderar, mas na exigível no caso concreto, quando o juiz forma uma convicção de verdade possível diante da situação.

5.1.2 Teoria da Redução do Módulo da Prova

A Teoria da Redução do Módulo da Prova, criada por Gerhard Walter, também se satisfaz com juízos de verossimilhança. No caso da necessidade de tutelas de urgência ou de difícil produção da prova o magistrado deve adotar a redução do módulo da prova euxariente, contentando-se com juízos de verossimilhança¹³⁹.

A prova plena deve ser atenuada dependendo da situação do caso concreto, principalmente quando há leis protetivas de certas categorias ou espécies de direitos. A aplicação da teoria se justifica, tendo em vista a conclusão que se chegou acerca da verdade é que não há uma verdade absoluta, mas aparências de verdade ou verossimilhança.

A Teoria se concretiza a partir dos princípios da dignidade humana, solidariedade e devido processo legal, bem como persuasão racional do juiz e

¹³⁶ HIGINO NETO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 105.

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 94.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 189.

¹³⁹ HIGINO NETO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 108.

regras de experiência. Aplica-se no caso de dificuldade probatória a partir da equidade.

Coloca-se que o direito material influi no direito processual, reduzindo a rigorosidade da distribuição estática do ônus da prova – no caso de vítimas de erros médicos, trabalhador, consumidor, entre outros. Explica Vicente Higinio Neto¹⁴⁰:

Comprovada a infração a uma lei protetora se presume que a infração foi culpável e, por isso, o transgressor tem que aduzir e provar fatos que sejam aptos para afastar a presunção, pois parte-se da presunção do nexo de causalidade entre conduta (transgressão) e dano.

Além disso, a teoria se aplica nos casos de frustração da prova, quando uma das partes tem o dever de provar e fique impedida pela outra parte. No caso, inverte-se o ônus da prova ou se exige requisitos menos rigorosos para provar os fatos. Segundo a teoria, então, cabe ao juiz julgar com base na verossimilhança dos fatos.

O juiz resta convencido, ainda que da verossimilhança, ao reduzir as exigências de prova segundo as necessidades do caso concreto, enquanto a regra do ônus da prova funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou fica em estado de dúvida¹⁴¹.

5.1.3 Teoria da Coisa Julgada *Secundum Eventum Probationis*

Essa teoria afirma que o juiz poderá chegar ao final do procedimento e não se convencer, devendo proferir sentença contrária à parte que detém o ônus da prova. Neste caso, não haveria formação de coisa julgada material, ou seja, propõe a tese da coisa julgada *secundum eventum probationis*. Esta modalidade de coisa julgada é típica das demandas coletivas e do mandado de segurança.

Há uma tentativa de eliminação da autoridade da coisa julgada material, bem como da estabilização da sentença fundada em dúvida. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁴²:

Não há diferença em proibir o *non liquet* e admitir que a sentença, na hipótese de insuficiência de provas, não produz coisa julgada material. Ora, se o juiz é obrigado a julgar, o seu julgamento deve ter autoridade e se tornar estável, impedindo a sua negação ou rediscussão. Em resumo: não é correto

¹⁴⁰ HIGINIO NETO, Vicente. *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 170.

¹⁴² *Ibidem*, p. 191.

tentar eliminar a dúvida afirmando que o juiz se convence, ainda que minimamente, ou que a sentença, quando fundada em prova insuficiente, não produz coisa julgada material.

5.2 A REGRA DO ÔNUS DA PROVA

Para conceder ou negar a tutela jurisdicional pleiteada pelo autor, o juiz exerce atividade cognitiva e forma juízos de valor acerca da petição inicial e da contestação, cuja demonstração mediante prova é essencial¹⁴³.

De acordo com o art. 333 do CPC, o ônus da prova pertence ao autor quanto aos fatos do direito constitutivo e ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos desse direito. Analisar a natureza do fato é essencial para a correta distribuição do ônus da prova

A regra do ônus da prova destina-se ao juiz que resta em dúvida ao final do procedimento. A dúvida deverá ser “paga” pela parte que tem o ônus da prova e dele não se desincumbiu¹⁴⁴.

O juiz pode se convencer ainda que o ônus da prova não tenha sido cumprido, vez que pode determinar produção de provas de ofício ou se convencer mediante prova produzida pela parte adversa. Diante da inexistência de dúvida, não há razão para o juiz invocar a regra do art. 333 do ônus da prova como regra de decisão.

No momento da convicção o juiz deve considerar a natureza dos fatos em discussão, a quem incumbe a prova e a natureza da situação concreta pendente de julgamento. Quando se fala que a regra do ônus da prova importa para a formação do convencimento é porque poderá ser atenuada diante de determinadas situações de direito substancial¹⁴⁵.

A exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material. Sendo assim, a regra do ônus da prova também não pode ser vista da mesma maneira. Explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁴⁶:

Como o convencimento antecede a decisão, não há como aceitar a ideia de que a regra do ônus da prova somente tem importância para permitir a decisão em caso de dúvida, e não para a formação do convencimento. Ora, o juiz que decide com base em verossimilhança não está em estado de

¹⁴³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. Cit.*, p. 9.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 170.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 171.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 176.

dúvida; ao contrário, ele está convencido de que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto.

A regra do ônus da prova não se dirige apenas ao juiz, mas também às partes, para lhes dar ciência das provas que devem produzir. É importante que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, para que aumentem as chances de um resultado favorável do processo.

O ativismo do juiz em matéria de probatória não poderá eliminar a importância da regra do ônus da prova em sentido objetivo (como regra de juízo) e em sentido subjetivo (como regra dirigida às partes)¹⁴⁷. É importante alertar a parte que a não observância do ônus a expõe a um risco.

Ainda, mesmo no caso de determinada prova de algum fato incumbir ao autor, poderá o réu produzir prova em relação ao mesmo fato. O réu tem o ônus de contestar especificadamente os fatos alegados pelo autor, podendo, para isso, requerer a produção de prova ou contraprova para comprovar a inexistência do fato alegado pelo autor.

A distribuição do ônus da prova a partir da classificação dos fatos é considerada um mecanismo artificial e insuficiente, vez que não atenta ao direito material em questão¹⁴⁸. A distribuição do ônus da prova não pode deixar de considerar as especificidades do caso concreto, vez que, além das presunções legais, as normas particulares são igualmente importantes.

A regra geral do art. 333 do CPC pode ser atenuada ou, ainda, poderá haver a inversão do ônus probatório. Além disso, na ausência de normas, o juiz deverá tratar de forma particularizada a questão do ônus da prova, justificando sempre o seu procedimento.

5.2.1 Conceito de Ônus e o Risco da Não Produção da Prova

Carnelutti foi o jurista que escreveu sobre a definição de ônus, diferenciando-o da obrigação, verificando se a violação do preceito pode ou não ser definida como ato ilícito¹⁴⁹. Sendo assim, equivoca-se a doutrina que classifica o

¹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 193.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 182.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 178.

ônus como um dever, pois aquele representa um poder diverso do derivado de um direito subjetivo.

A existência de um ônus não se relaciona com o comportamento da parte adversa, mas se satisfaz com o agir voluntário daquele que detém o ônus. Assim, por ser uma espécie de poder, pode-se dizer que o ônus se assemelha a uma faculdade da parte. A lei determina um risco a quando o comportamento previsto pelo ônus não se realiza.

O conceito de ônus é uma espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada¹⁵⁰.

O ônus da prova é ligado à ideia de necessidade para obtenção de um resultado favorável. Entretanto, sabe-se que a parte onerada, ainda que não se desincumba do ônus, poderá obter um resultado favorável. Por isso, a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável.

Ocorre que a parte que não produzir a prova que a ela cabe incorre em risco de um resultado desfavorável. A produção da prova aumentam as chances de um convencimento do juiz.

5.2.2 A Fixação dos Pontos Controvertidos e o Direito de Produzir a Prova

A fixação dos pontos controvertidos tem o objetivo de¹⁵¹: racionalizar o desenvolvimento do processo, facilitar a compreensão das provas necessárias e abrir oportunidade à antecipação dos efeitos da tutela relativa à parte incontroversa.

Não se pode alterar a causa de pedir na audiência, bem fixar como ponto controvertido um fato que não compõe a causa de pedir. Entretanto, o juiz poderá fixar como fato controvertido fato indiciário que se relacione aos fatos afirmados, ainda que não tenha sido alegado, podendo o juiz, ainda, determinar provas de ofício com relação a ele.

A parte que tem o ônus da prova não tem a necessidade de produzir a prova para obter um resultado favorável. A regra do ônus da prova constitui um indicativo à parte. Sendo assim, a parte que possui o ônus tem o direito de produzir todas as

¹⁵⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004. p. 65.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 186.

provas adequadas para o convencimento do juiz. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁵²:

Ainda que o ônus da prova seja associado ao risco da sua não produção, não se pode negar que a parte que possui esse ônus tem o direito de produzir todas as provas adequadas à demonstração do seu direito. O ônus e o direito, no caso, não se chocam, pois o ônus tem a ver com as consequências processuais do comportamento da parte, enquanto o direito se dirige contra o Estado, que não pode negar, inclusive a quem tem o ônus probatório, o direito de produzir prova.

A parte que não tem o ônus da prova deve pedir a contraprova quando temer que a parte onerada influenciará fortemente no convencimento judicial. O direito à prova atinge igualmente as partes do processo. Por isso, o juiz não pode negar a produção de uma prova que pode atingir o seu convencimento, ainda que seja requerida pela parte que não possui o ônus da prova.

A regra do ônus da prova se dirige às partes e ao juiz. Quanto ao momento do juiz, é importante para a formação do convencimento e para a decisão¹⁵³. O ônus da prova serve como regra de julgamento quando o juiz fica em estado de dúvida.

5.2.3 Poderes Instrutórios do Juiz e a Regra do Ônus da Prova

Conforme explicado, o ônus da prova subjetivo é um encargo atribuído à parte, mas não uma obrigação¹⁵⁴. O ônus da prova é uma regra dirigida às partes, vez que orienta a atividade probatória ao distribuir a responsabilidade entre elas.

Pode ocorrer que as provas produzidas sejam insuficientes para a elucidação dos fatos; mesmo assim, é devido o julgamento. Daí se dizer que o ônus da prova objetivo é uma regra dirigida ao juiz¹⁵⁵, a qual determina como a demanda deverá ser julgada, ou seja, indica que o ônus da prova recairá sobre a parte que dele não se desincumbiu, obtendo uma decisão negativa.

Nesse sentido, a regra do ônus da prova se destina a ajudar o juiz quando, ao final do procedimento, ele não se decide. A regra do ônus da prova serviria para

¹⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. Cit.*, p. 187.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 188.

¹⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 76.

¹⁵⁵ *Idem*.

o magistrado no caso de dúvida, pelo fato de que se decidirá pela sucumbência da parte que não se desincumbiu do seu ônus probatório.

Contudo, não havendo dúvida, não há razão para o juiz invocar o ônus da prova como regra de decisão. Importante salientar que a convicção por verossimilhança difere do estado de dúvida¹⁵⁶. O juiz que decide com base na verossimilhança não está em dúvida, mas acredita que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto.

Não é relevante saber qual sujeito processual produziu a prova – partes ou juiz -, pois ao serem produzidas as provas passam a pertencer ao processo. No entanto, o juiz deve estar atento ao final da instrução para perceber se as provas foram produzidas e quem não se desincumbiu do seu ônus¹⁵⁷. As regras do ônus da prova devem ser aplicadas subsidiariamente. Explica Fredie Didier Jr.¹⁵⁸:

Com o juízo de verossimilhança, deixa de existir o motivo para aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova prima facie ou prova de verossimilhança; da mesma forma, quando as partes tenham se desincumbido do ônus da prova – não haverá *non liquet* – e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu livre convencimento.

Na concepção tradicional, quando há omissão das partes no que tange a produção de provas, não caberia ao juiz determiná-las *ex officio*, mas julgar com base no art. 333, imputando o prejuízo a parte que não se desincumbiu de seu ônus probatório. Nesse passo, o art. 130 do CPC seria aplicado nos casos em que não fosse possível aplicar a teoria da distribuição do ônus da prova¹⁵⁹.

Entretanto, não é o que se defende no presente trabalho. Quando se fala em papel ativo do juiz na instrução o art. 130 do CPC deve ser aplicado e interpretado de maneira ampla. A regra do art. 333 do CPC é apenas uma regra de julgamento a ser aplicada em momento de decisão, como *última ratio*, depois de esgotadas as possibilidades de se produzir provas no processo – pelas partes ou pelo juiz.

Pode-se dizer, ainda, que a regra que confere poderes ao juiz não é incompatível com a da distribuição do ônus da prova, mas apenas operam em momentos diferentes. Explica Barbosa Moreira, “que a relevância das regras sobre o

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2...**, p. 264.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 77.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 79.

¹⁵⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Manual...**, p. 392.

ônus da prova, consideradas como regras de julgamento, não é incompatível com a adoção do chamado 'princípio inquisitório' na atividade de instrução"¹⁶⁰.

A distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil é, portanto, regra de julgamento. Os poderes instrutórios não se limitam de nenhuma forma pela distribuição do ônus probatório, vez que ela somente será aplicada para evitar o *non liquet*.

5.3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil adota a concepção estática do ônus da prova. De acordo com o art. 333, a parte que alega deve provar ao juiz a veracidade do fato deduzido. Porém, a doutrina majoritária considera este sistema insatisfatório e artificial, pois não se detém as especificidades do direito material¹⁶¹.

A inversão do ônus da prova tem com objetivo garantir a igualdade substancial entre as partes. São critérios a serem seguidos pelo juiz para a inversão do ônus as prova¹⁶²: verificação de prova de difícil produção, impossibilidade de outras formas de produção de prova pelo litigante onerado e decisão prévia e fundamentada.

A inversão do ônus da prova pode ser legal (*ope legis*) ou judicial (*ope judicis*). A primeira é prevista na lei e se traduz em regra de julgamento, vez que se deve aplicar o dispositivo específico, como no caso do art. 38 do CDC¹⁶³. A inversão do ônus da prova judicial ocorre quando o magistrado, no caso concreto, realiza a inversão. Sendo uma regra de atividade e não de julgamento, deve o juiz intimar devidamente a parte acerca da decisão da inversão, para que ela possa se desincumbir do ônus¹⁶⁴. Como exemplo o art. 6, VIII, do CDC¹⁶⁵. Questiona, porém, Sérgio Cruz Arenhart¹⁶⁶, a denominação inversão do ônus da prova:

¹⁶⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e Ônus da Prova**. Temas de Direito Processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 79.

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 82.

¹⁶² XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo...**, p. 188.

¹⁶³ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 84.

¹⁶⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de

Na realidade não existe caso de inversão própria do regime do ônus da prova, já que esta deveria consistir em imputar ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do autor e ao autor a carga da prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos de seu próprio direito. Ora, nenhuma hipótese existente no direito brasileiro contempla semelhante previsão, de modo que não se deve falar, ao menos propriamente, em inversão do ônus da prova. O que existe sempre é uma modificação do regime tradicional do ônus da prova, de forma a imputar a (falta de) prova em determinados fatos de maneira diferente daquela realizada pela regra do art. 333, do CPC.

A inversão do ônus da prova legal é determinada pela lei, ou seja, independe do caso concreto e da atuação do juiz – ocorre quando a lei regula que haverá uma distribuição do ônus da prova diferente da regra geral do art. 333 do CPC. Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, não haveria, então, uma inversão, mas somente uma exceção normativa à regra genérica¹⁶⁷. Por isso, trata-se de uma regra de julgamento: o juiz deverá observar se as partes se desincumbiram dos respectivos ônus processuais e, ao invés de aplicar a regra do ônus da prova do art. 333 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

Já a inversão do ônus da prova judicial seria a verdadeira¹⁶⁸. Neste caso o legislador não regula exceção à regra do ônus da prova, mas concede oportunidade para a atuação do magistrado no caso concreto, ao constatar a presença dos requisitos para a inversão. Prevalece o art. 333 do CPC, podendo o juiz, em determinadas situações, dispor de que forma será redistribuído o ônus da prova. Por depender de uma ótica subjetiva é que a inversão *ope iudicis* (inversão do ônus da prova propriamente dita) é uma regra de atividade e não de julgamento. O magistrado deverá conceder à parte que imputou o ônus a oportunidade de produzir a prova.

Sendo assim, de acordo com os ensinamentos de Sérgio Cruz Arenhart¹⁶⁹, “é conveniente – ainda que não imperativo – que o magistrado assinale às partes, com antecedência, qualquer decisão sua a respeito de eventual modificação dos critérios de imputação deste ônus, a fim de que as partes possam saber, *ex ante*, sobre quais afirmações de fato devem empenhar-se em produzir prova”.

experiências. Para Sérgio Cruz Arenhart, no entanto, trata-se de uma modificação legal do ônus da prova, e não de inversão judicial. ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...** .

¹⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...** .

¹⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 83.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...** .

Há, ainda, a modificação convencional do ônus da prova, segundo o parágrafo único do art. 333 do CPC¹⁷⁰, vedada apenas nos casos de direito indisponível ou de tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. De acordo com o art. 55, I, do CPC¹⁷¹, o terceiro poderá afastar o efeito de intervenção, ao demonstrar a ocorrência do prejuízo em virtude da modificação convencional do ônus da prova, bem como exigir a reapreciação judicial de suas alegações.

A inversão do ônus da prova decorre, primeiramente, do bom senso do julgador ou do interesse na aplicação da norma de direito material, vez que não há motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei¹⁷². Conforme explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁷³:

Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. (...). A ideia de que somente as relações de consumo reclamam a inversão da prova não tem sustentação.

Pode-se dizer que, em regra, o juiz deve pautar sua convicção na verdade e julgar com a regra do art. 333 apenas no caso de dúvida. Há, ainda, situações de direito material que o permitem julgar com base na verossimilhança. Por fim, nas situações em que ao autor é impossível ou muito difícil a produção da prova, mas viável ao réu, o juiz deve realizar a inversão do ônus probatório, por decisão devidamente motivada.

A inversão do ônus da prova, em princípio, deverá ocorrer na audiência preliminar, para dar à parte a oportunidade de produzir a prova¹⁷⁴. Entretanto, poderá ocorrer a aplicação da regra da inversão do ônus da prova na sentença quando: o réu estiver em posse de documento essencial à prova documental ou

¹⁷⁰ Art. 333. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

¹⁷¹ Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que: I - pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2...**, p. 269.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 201.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 205.

pericial e se recusar apresenta-la em juízo; se uma das partes, injustificadamente, recusar-se a colaborar com determinada prova, como no caso de recusa a comparecer em perícia; excepcionalmente, quando terceiro demonstrar-se relutante em colaborar com a produção da prova.

O fato de a parte desonerada estar na posse do documento não implica na inversão do ônus da prova¹⁷⁵. Isto porque a posse do meio de prova é circunstancial. A inversão só é cabível quando a parte que possui o documento não cumpre a ordem judicial que determina a sua entrega.

No caso da prova pericial, de acordo com o art. 231 do CPC, a recusa injustificada deve ser considerada no momento da sentença, quando o juiz inverte o ônus da prova¹⁷⁶. Ou seja, a não realização de exame médico e consequente falta da prova não podem prejudicar a parte que tinha interesse na prova. A recusa injustificada somente não beneficiará ao faltante quando outra prova puder evidenciar o fato.

Existem situações de direito material que justificam a inversão do ônus probatório. A inversão do ônus da prova é regra dirigida às partes e deve ser aplicada quando a parte que originariamente possui o ônus probatório não puder cumpri-lo e, ao mesmo tempo, quando o réu tiver a possibilidade de demonstrar a não ocorrência do fato constitutivo alegado pelo autor. Explica Sérgio Cruz Arenhart¹⁷⁷:

Pode-se concluir que, por meio das presunções judiciais, o sistema positivo opera deslocamento do regime normal de atribuição do ônus da prova, já que permite a alguém, mediante mera demonstração de probabilidade da ocorrência de um fato (pela comprovação da existência de outro que àquele se liga por vínculo lógico), liberar-se da carga da prova do fato, atribuindo ao adversário a demonstração de que o fato probando não ocorreu ou, pelo menos, de que a probabilidade de que ele não tinha ocorrido seja mais forte do que a possibilidade resultante do raciocínio de inferência formado inicialmente.

Atualmente, não se deve limitar o poder do juiz, mas controla-lo – e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse prever o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 197.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 199.

¹⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...**

diante uma série de situações concretas¹⁷⁸. O controle se realiza a partir da imposição de uma rígida justificativa racional das decisões.

5.3.1 Tratamento Diferenciado do Ônus da Prova

O ordenamento jurídico não é capaz de indicar uma convicção uniforme do juiz para todas as situações de direito material. Em alguns casos, como os de lesões pré-natais, seguro, relativos a atividades perigosas e em que se violou o dever legal de segurança ou proteção, a redução das exigências de prova ou de convicção de certeza é justificada. Assim, o juiz poderá julgar procedente o pedido com base em convicção de verossimilhança¹⁷⁹.

O julgamento por verossimilhança é uma das hipóteses para atender à situação de direito material. Outra forma da tutela do direito material se realizar é através da inversão do ônus da prova, adequando a convicção do juiz às particularidades do direito material¹⁸⁰. Nessas hipóteses, a exigência de prova plena seria contrária ao próprio intuito do direito material.

Quando o direito material não importa em situação diferenciada, a dúvida levará a um julgamento com base na regra do ônus da prova – daí não basta a verossimilhança. Diferentemente, há situações de direito material que autorizam o julgamento pela verossimilhança e, ainda mais, a inversão do ônus probatório.

No momento da inversão do ônus, é preciso verificar se aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, para que se realize a transferência do ônus. A inversão ocorrerá quando o réu tiver a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo alegado pelo autor. É de bom senso entender que a inversão é legítima nas situações em que ao autor é impossível ou muito difícil a prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável ou muito mais fácil provar a inexistência.

Outra hipótese é no caso de produção da prova com dificuldade por ambas as partes. Assim, por determinada particularidade, muitas vezes a situação de direito material indica que a dúvida não deverá ser suportada pelo autor¹⁸¹. Este seria o caso, por exemplo, da violação da norma de prevenção ou proteção, quando se

¹⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 202.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 203.

¹⁸⁰ *Idem*.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 204.

aceita o risco da produção do dano. Assumir o risco se traduz em assumir a dificuldade na produção da prova, ou seja, o próprio ônus da prova.

A inversão do ônus da prova deve ocorrer na audiência preliminar, para conceder à parte a oportunidade de produzir prova. Entretanto, no caso em que a prova da inexistência do fato constitutivo pode ser imputada ao réu, a inversão poderá ocorrer na sentença. Ainda, na situação de recusa na apresentação de documento ou de realização de perícia, também poderá ser determinada a inversão do ônus probatório por ocasião da sentença.

5.3.2 Análise do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor

O art. 6º, VIII, do CDC regula expressamente os pressupostos para inversão do ônus da prova nas relações de consumo. O artigo determina a inversão do ônus probatório a favor do consumidor, a critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou no caso de hipossuficiência.

A legislação autoriza uma distribuição diferenciada do ônus da prova para facilitar a defesa do consumidor em juízo, atribuindo ao fornecedor prova de fatos que a princípio não lhe incumbiriam¹⁸². Não seria verdadeiramente modificação no ônus da prova, mas uma facilitação da defesa dos interesses do consumidor em juízo.

Da interpretação literal do artigo se pode concluir que se trata de condição de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência – ou seja, basta uma das hipóteses para que a inversão ocorra, constituindo pressupostos alternativos. Em ambos os casos, porém, a inversão é um critério do juiz, que deverá considerar as particularidades do caso concreto.

Sobre o tema, pode-se dizer que a doutrina divide-se em duas correntes, entre os que defendem que a inversão deve ocorrer no momento da prolação da sentença, e os que entendem que deve se dar antes da prolação da sentença, ou seja, momento probatório.

Compactua do primeiro entendimento Nelson Nery¹⁸³, o qual entende que:

¹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...** .

¹⁸³ NERY JR., Nelson. In: **Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1, p. 217.

O juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que é o caso de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, não poderá baixar os autos em diligência (...). Portanto, caberá ao fornecedor agir no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda.

Nesse passo, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹⁸⁴ colocam que a inversão do ônus da prova por verossimilhança ou hipossuficiência deverá ocorrer quando da sentença. A relação de consumo seria marcada por violação de uma norma que objetiva dar proteção ao consumidor e o fabricante, então, assume o risco da dificuldade de prova da causalidade. Basta que o juiz se convença da verossimilhança das alegações, diante das provas que puderam produzidas e a natureza do direito material. Portanto, basta a verossimilhança preponderante ou que a inversão do ônus da prova possa ser utilizada como regra de juízo, ainda que ao réu não tenha sido dada oportunidade para a produção de prova.

Para os autores, a questão da hipossuficiência também poderá determinar a inversão do ônus probatório na sentença. Por hipossuficiência entende-se a impossibilidade de prova, ou seja, quando há inesclarecibilidade da relação de causalidade que foi causada por violação de uma norma de proteção do consumidor. Conforme explicam os referidos autores¹⁸⁵:

Nessas duas hipóteses, a inversão do ônus da prova é uma regra de juízo, ou melhor, é uma regra de decisão, capaz de permitir ao juiz se convencer e decidir de acordo com a relação de direito material. (...). Mas quando a prova é impossível, ou muito difícil, ao consumidor, e possível, ou mais fácil, ao fabricante ou ao fornecedor, a inversão do ônus da prova se destina a dar ao réu a oportunidade de produzir a prova que, de acordo com a regra do art. 333, incumbiria ao autor. Agora não se trata de inverter o ônus da prova para legitimar – na sentença – a incompletude ou a impossibilidade da prova, mas de transferir do autor ao réu o ônus de produzi-la – o que deve ser feito na audiência preliminar.

Opostamente, para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira¹⁸⁶, a inversão de que trata o art. 6º do CDC é uma regra de atividade ou de processo – diferente da do art. 333, a qual distribui o ônus da prova e é de julgamento. Portanto, o juiz deverá anunciar a inversão antes de sentenciar, em tempo do sujeito onerado

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova...**, p. 210.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 213.

¹⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 83.

se desincumbir do encargo probatório, sob pena de se romper com o devido processo legal.

Neste mesmo entendimento, Rodrigo Xavier Leonardo¹⁸⁷ entende que o momento mais adequado para a decisão de inversão do ônus da prova seria na fase de saneamento do processo, normalmente realizado na audiência preliminar para conciliação. Para ele, a inversão do ônus da prova no momento da sentença provocaria uma supressão do direito ao efetivo exercício do contraditório no processo.

A disposição do art. 6º, VIII, do CDC, ao reconhecer o direito do consumidor à inversão do ônus da prova, não remete à simples transferência da dificuldade no exercício do direito à prova ao fornecedor. Se essa transferência do ônus da prova implicar em prova diabólica (impossível) ao fornecedor, desaparece a razão de existir, vez que não é possível determinar qualquer modificação da distribuição do ônus probatório se isso vier a significar encargo insuportável ou impossível de ser cumprido pela parte que passará a ser onerada.

Caso ambas as partes estejam em situação de excessiva dificuldade na produção de determinada prova, não será o caso de inversão, ou melhor, de dinamização do ônus da prova, mas sim de redução do módulo probatório.

Ainda, a doutrina muito questiona sobre a expressão “a critério do juiz”, se haveria dose de discricionariedade neste momento da aplicação do disposto no art. 6º, VIII, do CDC. No entanto, sobre o tema explica Rodrigo Xavier Leonardo¹⁸⁸ que “rigorosamente, inexistente discricionariedade. O que ocorre é um espaço de interpretação do dispositivo em relação às afirmações feitas pela parte interessada em inverter o ônus da prova. O magistrado, neta situação, não detém qualquer espaço para formular juízos de oportunidade: interpreta e aplica o direito”. Não há, portanto, em que se falar em discricionariedade ou arbitrariedade concedida ao magistrado para a inversão do ônus da prova.

5.4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Muitas vezes, a aplicação da distribuição estática do ônus da prova é incapaz de garantir a efetividade do processo. Nem sempre autor e réu tem

¹⁸⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. Cit.*, p. 289.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 267.

condições de atender ao ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído e também se veem diante de prova impossível. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar, conforme regra de julgamento¹⁸⁹. Sobre o tema, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁹⁰:

No plano da atribuição do ônus da prova, pode-se ter uma distribuição fixa do ônus da prova ou uma distribuição dinâmica. A atribuição fixa do ônus da prova ocorre quando a legislação desde logo afirma, *a priori* e abstratamente, a quem cumpre provar determinada espécie de alegação. É o que está no art. 333 do CPC. De outro lado, o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova diz que a prova incumbe àquele que tem melhores condições de produzi-la, à luz do caso concreto. De acordo com esta teoria¹⁹¹: o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas casuisticamente; sua distribuição não pode ser estática, mas dinâmica; não importa a posição assumida pela parte, autor ou réu; não interessa a natureza do fato, ou o interesse em prová-lo, mas quem tem maior possibilidade em fazer a prova.

A jurisdição, através do processo, tem o dever de tornar viáveis as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição Federal, aplicando a lei, então, na dimensão dos direitos fundamentais, tendo em vista a concepção de direito e de processo no Estado Contemporâneo.

O juiz permanece como gestor das provas e deve avaliar qual das partes deverá produzi-las, tendo em vista o caso concreto. A teoria da distribuição do ônus da prova, deste modo, propõe uma flexibilização abstrata do módulo estático do *ônus probandi* pelo juiz, para, frente a dado caso concreto e uma dificuldade de se

¹⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 337.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 337.

¹⁹¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 97.

produzir a prova, facilitar a produção probatória em juízo, permitindo um julgamento justo¹⁹².

O que se propõe é uma flexibilização do art. 333 do CPC, ou seja, uma dinamização do módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, principalmente naqueles em que, por suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada à parte desonerada inicialmente. A dinamização pressupõe que as partes estejam em desigualdade na produção da prova.

Sérgio Cruz Arenhart classifica essa modalidade de modificação do ônus da prova como necessária – a qual é derivada da modificação do ônus da prova judicial¹⁹³. A modificação necessária, segundo ele, opera-se pela atividade do juiz, imputando-se o prejuízo da dúvida à parte diversa daquela apontada pela regra do art. 333 do CPC.

Sendo assim, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova seria derivada da teoria da inversão do ônus da prova judicial, todavia, aplicada nas relações jurídicas em geral. Se a relação é de injusta distribuição dos ônus probatórios, mas não se aplica o CDC, porque não é de natureza consumerista, aplica-se então a distribuição dinâmica.

A distribuição dinâmica do ônus probatório confere novos contornos ao processo, refletindo a Constituição Federal. Trata-se de um meio pelo qual se garante o devido processo legal e o acesso à justiça, ainda, uma justa tutela jurisdicional. A dinamização dos ônus probatórios configura técnica destinada a garantir um processo justo, baseada no direito fundamental à igualdade substancial e direito fundamental à prova.

O art. 333 do CPC é norma infraconstitucional que deve, então, conjugar-se ao texto da Lei Maior. Pode ocorrer que uma aplicação do art. 333 do CPC venha a impossibilitar ou dificultar a proteção do direito discutido em juízo¹⁹⁴. Haverá uma colisão entre o art. 333 do CPC e o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁹⁵. Impõe-

¹⁹² BAZZANEZE, Thaís. In: **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março 2012, n. 205, ano 37, p. 69.

¹⁹³ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...** .

¹⁹⁴ *Idem*.

¹⁹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

se uma interpretação conforme do texto processual, havendo aplicação do regime tradicional do ônus da prova do art. 333 do CPC apenas quando sua incidência não impedir a proteção de interesses. Explica Sérgio Cruz Arenhart¹⁹⁶:

Desta forma, quando surgir, pela incidência do art. 333, do Código de Processo Civil, a impossibilidade de proteção de certo tipo de interesse – porque inviável é a produção da prova por parte de quem deveria trazê-la (ônus subjetivo) ou deveria suportar o prejuízo pela sua falta (ônus objetivo) – não poderá ser esta regra aplicada, ficando ao talante do magistrado encontrar a distribuição do *ônus probandi* segundo critérios que permitam a plena realização da garantia constitucional.

Ademais, o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao proclamar o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, reflete o direito de ação, o qual é visto como direito fundamental, vinculando a atuação do Estado na viabilização da proteção de direitos. Mais que isso, o direito de ação é concebido como direito a técnicas processuais idôneas à efetiva tutela dos direitos. Assim, o processo não vincula apenas o legislador a traçar técnicas processuais capazes de permitir a proteção de diversas situações, mas também o juiz, o qual deverá cumprir adequadamente sua função jurisdicional ao atentar ao caso concreto.

Dessa forma, caso o autor, inicialmente onerado pela regra estática do ônus da prova, encontre-se em extrema dificuldade para produzir a prova necessária para a tutela do direito por ele pretendida, o juiz deverá, observando que a repartição de esforços poderá esclarecer a questão, transferir o ônus probatório ao réu, quando este tiver melhor condições de provar. Não se trata de uma inversão, que determina a transferência integral dos ônus probatórios e não altera o caráter estático.

A distribuição dinâmica proporciona ao juiz a possibilidade de transferir o ônus probatório de determinadas circunstâncias de fato, de forma a adequar a atividade probatória das partes à máxima efetividade da tutela jurisdicional. Conforme Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁹⁷:

Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa de ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.

¹⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...** .

¹⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código...** , p. 337.

As principais hipóteses em que deve ocorrer a dinamização do ônus probatório tangem as ações negativas, fundadas na inexistência de certo fato, e ações voltadas para o futuro, de tutela inibitória. Para tais situações, a prova acaba sendo o principal obstáculo à proteção do interesse deduzido em juízo. Aceitar uma ausência de proteção aos direitos, que muitas vezes não poderão ser restituídos se violados, é desobedecer ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Por isso, deve ser possível afastar a incidência da regra do ônus da prova, permitindo ao juiz que distribua o ônus de acordo com as peculiaridades do caso concreto. A alteração do ônus da prova, de maneira dinâmica, serve como alternativa para disciplinar a prova da ameaça de lesão.

Segundo Daniel Mitidiero¹⁹⁸, a doutrina tem aludido à possibilidade de dinamizar o ônus da prova, em consonância à ideia de colaboração no processo. O fundamento se encontra na necessidade de encontrar igualdade entre as partes. Nesse passo, são condicionantes da distribuição dinâmica a motivação da decisão e a atribuição de ônus da prova com correlata oportunidade de provar.

A distribuição dinâmica do ônus da prova depende de dois fatores¹⁹⁹: impossibilidade concreta ou dificuldade intransponível de o interessado produzir a prova sobre o fato futuro e a real possibilidade de que a parte contrária tenha condições de produzir provas capazes de demonstrar a inocorrência da futura violação do direito.

No caso da tutela inibitória, ausente o primeiro requisito não haveria respaldo legal para afastar a incidência do art. 333 do CPC. Na falta do segundo requisito, haveria violação do princípio da ampla defesa e do contraditório – a solução se encontra, portanto, no princípio da proporcionalidade, ponderando-se entre a garantia da inafastabilidade do autor e do devido processo legal do réu.

Na situação das ações negativas, será afastada a incidência do art. 333 do CPC quando presentes também presentes dois requisitos, quais sejam: a impossibilidade de o autor demonstrar a inexistência do fato objeto de sua pretensão e a possibilidade concreta de o réu comprovar a sua existência. Nesse sentido, nem

¹⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009, p. 130.

¹⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...**

sempre haverá a presença de ambos os requisitos; sendo assim, não é toda ação negativa que autoriza o afastamento da regra geral do ônus da prova²⁰⁰.

Quando a prova necessária para o autor para a propositura de ação negativa tiver em poder do réu ou de terceiro não deverá se recorrer à modificação necessária do ônus da prova, vez que a legislação processual tem instrumentos específicos para a solução da questão.

A redistribuição do ônus da prova não poderá implicar prova diabólica para a parte onerada. Inclusive, essa distribuição do ônus probatório deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, para que a parte incumbida da prova tenha tempo para produzi-la, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova. Seria, portanto, na opinião de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, a distribuição dinâmica uma regra de atividade não de julgamento²⁰¹.

Sendo assim, é preciso que o magistrado comunique, antecipadamente, às partes acerca de sua decisão do afastamento do art. 333 do CPC, para que possam recorrer da decisão ou ter tempo para produzir a prova. Segundo Sérgio Cruz Arenhart, a modificação necessária do ônus da prova seria essencialmente uma regra de julgamento, mesmo assim, as partes do processo devem ser previamente advertidas da decisão de distribuição do ônus probatório²⁰².

O projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, no art. 262²⁰³ prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova. Daí se vê a intenção do legislador em incorporar a teoria dinâmica do ônus probatório definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Processo Civil Brasileiro carrega em si uma marca da influência do Estado Liberal, pelo qual qualquer alteração do ordenamento jurídico dever-se-ia basear em lei. No entanto, é sabido que o Estado tem o dever de tutelar direitos

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova...**, p. 102.

²⁰² ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...**

²⁰³ Art. 262. 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. 261, 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.

fundamentais e, por isso, as estruturas procedimentais precisam estar aptas a isto. Ainda, a omissão da lei não justifica a omissão do juiz.

Por isso, não é mais possível conceber, no Estado Constitucional, uma distribuição do ônus probatório que viole direitos fundamentais. A ausência de uma norma aberta para a distribuição dos ônus não pode significar a violação do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

A lei deve se conformar à constituição e a responsabilidade do juiz se revela muito maior do que simplesmente dizer o que está na lei. O juiz deve aplicar efetivamente a Constituição. Explica Sérgio Cruz Arenhart²⁰⁴:

De fato, ninguém melhor que o magistrado para saber quem tem melhores condições de produzir certa prova e, portanto, quem deve ser prejudicado pela dúvida judicial. A determinação anterior da distribuição destas cargas não dá conta da riqueza da realidade, permitindo, com maior facilidade, o cometimento de injustiças na aplicação desavisada da consequência na desatenção do ônus da prova. Já a distribuição dinâmica deste ônus, (...) amolda o processo mais perfeitamente à realidade a ser examinada, permitindo resultados mais adequados e aperfeiçoando o processo.

Não há o que se temer acerca do poder dos juízes por conta da distribuição dinâmica da prova. O processo civil moderno criou um cenário favorável a uma postura ativa do juiz, autorizando-o a corrigir desigualdades entre as partes. Nesse sentido, a distribuição dinâmica da prova é compatível ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o juiz deverá manter o equilíbrio entre as partes.

²⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova...** .

6 ESTUDO JURISPRUDENCIAL: BREVE ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Ao recorrer à jurisprudência pátria, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, é possível encontrar a maioria dos julgados que entendem pela interpretação ampla do art. 130 do CPC, ou seja, pelo papel ativo do juiz na instrução do processo. Conforme o REsp 964649²⁰⁵:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. 1. Embora tenha o julgado deixado de fazer menção expressa ao art. 333, I do CPC, não há que se falar em omissão, já que a questão jurídica de que trata o citado dispositivo foi devidamente analisada, tendo o Magistrado a quo emitido juízo de valor acerca da controvérsia. 2. Em que pese o art. 333, I do CPC determinar que compete ao autor o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito, o art. 130 do CPC possibilita também ao Juiz a iniciativa probatória, mesmo quando a parte tenha tido a oportunidade de requerer a produção da prova e, no entanto, ficou-se inerte. 3. De acordo com a prestigiada doutrina processualística contemporânea, admite-se uma atuação protagonista do Julgador, que, ao invés de mero fiscal da aplicação das leis, passa a agir intensivamente para a maior efetividade do processo, especialmente quando se tratar de relação processual desproporcional, a exemplo das demandas previdenciárias. 4. Recurso Especial do INSS improvido.

No REsp 651294²⁰⁶ a Min. Eliana Calmon entende sobre o tema que “poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo art. 130 do CPC para ajustar-se à dinâmica do juiz moderno, buscando em nova e idônea prova pericial o valor que mais se aproxima da justa e prévia indenização do comando constitucional”. Nesse sentido, ainda, no REsp 1012306, a Min. Nancy Andrighi²⁰⁷:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE. - Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. - Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 964649/RS, rel. Min Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 23.08.2007, DJ 10.09.2007 p. 308.

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 651294, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 15.12.2005, DJ 06/03/2006 p. 319.

²⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1012306, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.04.2009, DJe 07/05/2009.

razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional. Recurso especial improvido.

Nesse passo, a jurisprudência do STJ é pacífica quanto à compatibilidade entre os arts. 130 e 333 do CPC. De acordo com o REsp 696816²⁰⁸:

PROCESSUAL CIVIL. ÔNUS PROCESSUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ADIANTAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. I - Ônus processual pode ser entendido como uma faculdade cujo exercício configura implemento de condição apta a colocar a parte em situação processual mais vantajosa. Transportando essa noção para o campo probatório é possível afirmar que o ônus da prova exorta a parte que o suporta a produzir determinada prova, sob pena de, não o fazendo, ver constituída em seu desfavor, uma situação gravosa. Assim, se a parte não se desincumbe do ônus de provar determinado fato, resta ao juiz interpretar o non liquet que daí pode se originar em desfavor dessa mesma parte. II - Considerando o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, as regras relativas ao ônus da prova se apresentam, portanto, como um instrumento que permite ao juiz proferir sentença nas hipóteses em que ele não conseguiu formar uma convicção (motivada) a respeito dos fatos. Precedentes. III - A inversão do ônus da prova não é incompatível com a atividade instrutória do juiz reconhecida no artigo 130 do Código de Processo Civil. IV - Não se impõe à parte contrária a obrigação de adiantar as custas relativas às provas determinadas de ofício pelo juiz, cumprindo, nesse caso, ao próprio autor beneficiado com a inversão, adiantar as custas. Precedentes. Recurso especial improvido.

O referido Tribunal aceita o julgamento por verossimilhança e fala sobre as presunções no campo probatório, como se verifica no REsp 916476²⁰⁹:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ART. 135, INC. I, DO CPC. AMIZADE ÍNTIMA. EXCEPTA QUE É CÔNJUGE DO TIO DA PARTE QUE OCUPA OPÓLO PASSIVO DE AÇÃO POPULAR. FATO NOTÓRIO. PRESUNÇÃO DE AMIZADE DECORRENTE DA RELAÇÃO FAMILIAR. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E EFICIÊNCIA QUE SE CONCRETIZAM NO DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. ARTS. 334, INCS. I E IV, DO CPC.(...) 9. Nessa nova era do Processo Civil, marcada essencialmente pelo domínio das "provas técnicas", muitas vezes até em detrimento da coisa julgada, não é possível esquecer o papel relevante das presunções no sistema probatório. Como ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, "cria-se uma rica doutrina a respeito dessa 'prova crítica', capaz de facilitar - em situações particulares - os mecanismos de prova de que se serve a parte para trazer sua pretensão a juízo. É importante notar que as presunções assumem papel relevante nesse campo, prestando-se, por vezes, como uma espécie de 'redução do módulo de prova', aplicando técnica de diminuição das exigências legais e

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 696816, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.10.2009, DJe 29/10/2009.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 916476, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 11.10.2008, DJe 18/10/2011.

judiciais sobre a solidez das provas que seriam necessárias para aceitar um fato como verossímil. Em outras palavras: verificando o legislador ou o juiz que a prova de certo fato [como me parece a prova de amizade, um dilema até para os melhores da poesia e da prosa...] é muito difícil ou especialmente sacrificante, poderá servir-se da ideia de presunção para montar um raciocínio capaz de conduzi-lo à conclusão de sua ocorrência, ela verificação do contexto em que normalmente ele incidiria. Como se vê, esse poderoso instrumento é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação" (A prova, 2009, p. 131/132 - comentários acrescentados).

Há guarida para a ideia de redução do módulo da prova, como no caso de comprovação de único bem no caso da impenhorabilidade do bem de família. Ou seja, para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não seria necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único. Segue a ementa do REsp 790608²¹⁰:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. RESIDÊNCIA DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE DE SE PROVAR QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. PRECEDENTES. 1. Recurso especial interposto contra acórdão segundo o qual: a) de acordo com a exceção prevista no art. 3º, VI, da Lei nº 8.009/90, é possível a penhora sobre bem de família, visto tratar-se de execução de indenização por ato ilícito; b) comprovada a existência de propriedade sobre mais de um imóvel, tem-se por desconfigurada a hipótese de bem familiar. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que: - "As exceções aos benefícios da Lei 8.009/1990 são as previstas nos seus arts. 3º e 4º, nestes não constando a circunstância de a penhora ter sido efetuada para garantia de dívida originária de ação de indenização por ato ilícito, em razão de violação a normas de trânsito que gerou acidente de veículos" (REsp nº 64342/PR, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha). - "A circunstância de o débito originar-se da prática de ilícito civil, absoluto ou relativo, não afasta a impenhorabilidade prevista no artigo 1º da Lei 8.009/90" (REsp nº 90145/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro). 3. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90), não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único. Isso não significa, todavia, que os outros imóveis que porventura o devedor possua não possam ser penhorados no processo de execução. 4. "É possível considerar impenhorável o imóvel que não é o único de propriedade da família, mas que serve de efetiva residência" (REsp nº 650831/RS, 3ª Turma, Relª Minª Nancy Andrighi). "O imóvel onde reside a família do devedor não é passível de arresto, ainda que existam outros bens imóveis, cuja destinação não ficou afirmada nas instâncias ordinárias, para permitir a aplicação do art. 5º, par. único da Lei 8.009/9." (REsp nº 121727/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar). 5. Precedentes das egrégias 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Turmas desta Corte Superior. 6. Recurso especial provido.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 790608, rel. Min. José Delgado, j. 07/02/2006, DJ 27/03/2006, p. 225.

Assim como na doutrina, o Superior Tribunal de Justiça diverge sobre a natureza processual da regra de inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – sobre a regra ser de julgamento ou instrução. Finaliza o entendimento, no entanto, decidindo pela abertura de prazo para que a parte onerada produza a prova. De acordo com o EREsp 422778²¹¹:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexa causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento.

No mesmo sentido o REsp 802832²¹² e REsp 598620²¹³:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts.12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos,

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 422778, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 29.02.2012, DJe 21/06/2012.

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 802832, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.04.2011, DJe 21/09/2011.

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598620, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07/12/2004, DJ 18/04/2005, p. 314.

versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MOMENTO PROCESSUAL. 1. É possível ao Magistrado deferir a inversão do ônus da prova no momento da dilação probatória, não sendo necessário aguardar o oferecimento da prova e sua valoração, uma vez presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que depende de circunstâncias concretas apuradas pelo Juiz no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. 2. Recurso especial conhecido e provido.

O STJ aceita a aplicação da teoria dinâmica do ônus probatório. Segundo o REsp 1286704²¹⁴:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSTIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02). 1. Ação indenizatória ajuizada em 16.02.2001. Recurso especial concluso ao gabinete em 21.10.2011 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade civil das rés pelo apontamento indevido para protesto de notas promissórias. (...) 7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

Há o entendimento, como no REsp 69309²¹⁵, pela distribuição dinâmica do ônus probatório no caso da responsabilidade civil de profissional liberal, principalmente do médico, vez que este tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima de provar a atuação irregular do médico. Ainda, a

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1286704, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/10/2013, DJe 28/10/2013.

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 69309, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.1996, DJ 26/08/1996 p. 29688.

distribuição dinâmica do ônus probatório em matéria ambiental, como no REsp 883.656²¹⁶:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo *movediço* em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, *emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo*). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009). 7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 883.656, rel. Min. Herman Benjamin, j. 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

7 CONCLUSÃO

Através do presente trabalho foi possível chegar a uma série de conclusões. O Estado Liberal de Direito do século XVIII baseava-se no Princípio da Legalidade, identificando a lei ao direito. O direito se encontrava apenas na norma jurídica, cuja validade não dependia da realização de justiça. O executivo e o judiciário assumiram papéis secundários. O positivismo jurídico trouxe uma preocupação com a defesa do cidadão em face do Estado, mas não se preocupou com as diversidades sociais, vez que se pautava em uma igualdade meramente formal. Apenas um julgamento seria o adequado à lei, para a segurança jurídica do cidadão. Para isto, o juiz deveria ter certeza do seu pronunciamento.

No Estado de Direito Constitucional, os direitos fundamentais passaram a ter eficácia plena, atingindo os três poderes. Nesse momento, a valorização dos princípios, a ponderação judicial – e, conseqüentemente, a atuação do juiz - ganham força. O juiz não é apenas “a boca da lei”, como se verificou no Estado Liberal, mas cria o direito com vistas à concretização da Constituição. A constitucionalidade das leis, inclusive, pode ser controlada por qualquer juiz de maneira incidental.

A jurisdição é uma atividade criativa do magistrado, o qual deve atuar com imparcialidade, mas não neutralidade; é uma manifestação de poder, aplicando o direito a situações concretas. A jurisdição somente é controlada pela própria jurisdição e atua com substitutividade. O justo processo em seu aspecto material ocorre quando é um instrumento de realização dos direitos, com acerto verdadeiro ou próximo da realidade. Daí a importância do poder *ex officio* do juiz acerca da instrução probatória.

No processo civil brasileiro o legislador adotou o princípio dispositivo para algumas questões, como no caso da instauração do processo e a delimitação do objeto litigioso. De outra ponta, pelo viés inquisitivo, a investigação probatória é ampla, o juiz tem poderes instrutórios para determinar a produção de provas *ex officio*, conforme o art. 130 do CPC. Além disso, o modelo cooperativo define a estrutura do processo civil brasileiro.

O princípio da imparcialidade é indispensável para o exercício da jurisdição, é uma garantia fundamental do cidadão e, ao mesmo tempo, do juiz no seu exercício profissional. O juiz quando determina a produção de certa prova não sabe a quem a

prova aproveitará. A imparcialidade diz respeito ao fato de o juiz não agir como parte no processo, mas proferir uma decisão justa de acordo com o caso concreto.

Os poderes instrutórios do juiz apresentam duas funções: garantir o princípio da igualdade entre as partes e realizar os escopos do processo. A igualdade é garantia dada às partes de possuírem as mesmas oportunidades e instrumentos processuais para defenderem seus direitos. Para isso é necessário atingir a isonomia, ou seja, tratar desigualmente os desiguais.

No processo, o magistrado deverá utilizar seus poderes instrutórios para a concessão da tutela jurisdicional efetiva através da isonomia, ampla defesa e o contraditório. A atuação probatória proativa do juiz não fere o princípio da igualdade, mas, ao contrário, garante às partes a efetivação de tal princípio.

A descoberta da verdade sempre foi discutida e considerada um dos seus principais objetivos do processo. Atualmente, porém, há busca da verdade como condição de justiça. A doutrina recente diz que hoje não se justifica uma distinção entre verdade formal e substancial. À verdade formal não se atribui nenhuma efetividade prática, sendo apenas um argumento retórico para desculpar a inércia do juiz na reconstrução dos fatos. O conceito de verdade absoluta é utópico. A verdade não é um valor do processo, não é um fim, mas um meio.

A função da prova é servir como peça de argumentação no diálogo judicial. A finalidade da prova é permitir a formação da convicção do juiz quanto à existência dos fatos da causa. A doutrina diferencia o meio e o conteúdo da prova. Os meios de prova são as diversas modalidades pelas quais a ocorrência dos fatos chega ao conhecimento do juiz; o conteúdo da prova é o resultado que o meio produz, o conhecimento que o juiz passa a ter dos fatos.

A publicização do processo alterou completamente o panorama da doutrina processual, conferindo ao juiz o controle e a condução do processo. O juiz atua com mais flexibilidade para atender às perspectivas constitucionais, sem perder de vista o princípio da legalidade.

Não se quer negar o importante papel das partes no processo e na instrução probatória. Porém, esta função não se restringe a elas. Assim, seja qual for a relação jurídica de direito material, haverá interesse público no desencadeamento do processo. O que se defende é uma interpretação ampla do art. 130 do CPC, o qual determina uma postura ativa do juiz no que tange à produção de provas, com aplicação em qualquer grau e órgão de jurisdição. Entende-se que a atividade

probatória do juiz deve ser concomitante e complementar às partes, devendo haver uma cooperação entre os sujeitos processuais.

Os poderes instrutórios devem obedecer alguns requisitos, quais sejam: o pedido das partes, decisão motivada que aponte os motivos que conduziram a tomar a iniciativa de determinar a prova, oportunidade de contraditório e ampla defesa às partes, vedada a produção de provas por meios ilícitos. O exercício dos poderes instrutórios não implica em condutas arbitrárias. Há de ser verificado o princípio da duração razoável do processo, para evitar que seja dado ao juiz o poder de exaustivamente determinar a produção de provas. Ao juiz não se aplica a preclusão temporal, mas poderá ocorrer a preclusão lógica e a consumativa.

O juiz deve buscar se convencer da verdade, com base na argumentação ou nas provas trazidas ao processo. A convicção da verdade, então, relaciona-se com a limitação da própria possibilidade de buscar a verdade. Na redução do módulo da prova o juiz decide no curso do processo; na convicção por verossimilhança, o juiz, em razão de determinadas circunstâncias, assim julga o mérito ao final do processo. Sendo assim, a teoria da verossimilhança preponderante não se confunde com a possibilidade de o juiz diminuir as exigências de prova para atender às particularidades do direito material.

Difere da redução do módulo da prova a inversão do ônus probatório. O juiz está convencido, ainda que da verossimilhança, ao reduzir as exigências de prova segundo as necessidades do caso concreto, enquanto a regra do ônus da prova funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou fica em estado de dúvida.

A distribuição estática do ônus da prova é considerada um mecanismo artificial e insuficiente, vez que não atende o direito material em questão. A distribuição do ônus da prova não pode deixar de considerar as especificidades do caso concreto. Por isso, a regra geral do art. 333 do CPC pode ser atenuada ou, ainda, poderá haver a inversão do ônus probatório. O ônus da prova é ligado à ideia de necessidade para obtenção de um resultado favorável. Entretanto, sabe-se que a parte onerada, ainda que não se desincumba do ônus, poderá obter um resultado favorável.

A inversão do ônus da prova tem com objetivo garantir a igualdade substancial entre as partes. São critérios a serem seguidos pelo juiz para a inversão do ônus da prova: verificação de prova de difícil produção, impossibilidade de outras

formas de produção de prova pelo litigante onerado e decisão prévia e fundamentada. A inversão do ônus da prova pode ser legal (*ope legis*) ou judicial (*ope judicis*). A inversão legal é determinada pela lei e é uma regra de julgamento; já a inversão judicial constitui regra de atividade. A inversão do ônus da prova, em princípio, deverá ocorrer na audiência preliminar, para dar à parte a oportunidade de produzir a prova.

O art. 6º, VIII, do CDC regula os pressupostos para inversão do ônus da prova nas relações de consumo. A doutrina divide-se entre os que defendem que a inversão deve ocorrer no momento da sentença, e os que entendem que deve se dar antes disso, ou seja, momento probatório. A doutrina majoritária e a jurisprudência têm entendido que o momento mais adequado para a decisão de inversão do ônus da prova seria na fase de saneamento do processo, normalmente realizado na audiência preliminar para conciliação, em homenagem ao princípio do contraditório e à ampla defesa.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova diz que a prova incumbe àquele que tem melhores condições de produzi-la, no caso concreto. De acordo com esta teoria, o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas casuisticamente; sua distribuição não pode ser estática, mas dinâmica; não importa a posição assumida pela parte; não interessa a natureza do fato, ou o interesse em prová-lo, mas quem tem maior possibilidade em fazer a prova.

O que se propõe é uma flexibilização do art. 333 do CPC, ou seja, uma dinamização do módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos. Essa teoria é derivada da inversão do ônus da prova judicial, todavia, aplicada nas relações jurídicas em geral e não apenas no âmbito consumerista. A distribuição dinâmica do ônus probatório confere novos contornos ao processo, refletindo a Constituição Federal. Há requisitos: impossibilidade de o interessado produzir a prova e a possibilidade para a parte contrária.

A lei deve se conformar à constituição e a responsabilidade do juiz se revela muito maior do que simplesmente dizer o que está na lei. O juiz deve aplicar efetivamente a Constituição. Por isso, os poderes instrutórios do juiz e a dinâmica do ônus probatório são questões tormentosas na doutrina, mas de grande importância na prática do processo civil. No caso concreto, a realização de determinada prova poderá alterar todo o panorama da realidade processual.

Sabe-se, no entanto, que os próprios magistrados, por vezes, são contrários ao aumento de seus poderes instrutórios, apegados à tradição liberal, ou até mesmo pelo acúmulo de trabalho que possuem.

Mesmo assim, nada justifica a inércia do juiz em matéria de prova. A doutrina processual contemporânea avançada considera essencial a ação do juiz para a tutela jurisdicional efetiva e, nesse passo, formula teorias como a da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Defendeu-se neste trabalho que o magistrado não pode se conformar com o viés privatista e ultrapassado do processo, onde a parte mais forte ganhava o jogo. Ao contrário, deverá agir movido pela justiça inerente ao seu cargo, imprimindo a igualdade substancial entre as partes, para concluir quem realmente tem razão na demanda.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/305683/Onus_Da_Prova_E_Sua_Modificacao_No_Processo_Civil_Brasileiro>. Acesso em: 05/11/2013.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

_____. In: **Dogmática Jurídica e o Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo - *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro – março 1976, n.1.

BAZZANEZE, Thaís. In: **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça**. Revista de Processo – *RePro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março 2012, n. 205, ano 37.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 7 ed. rev., atual. e apl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17.01.1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 03.09.2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de Setembro de 1939 - Vide Lei nº 5.869, de 1973. *CLBR, de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 04.09.2013.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11.01.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15.09.2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02.10.2013.

CAMARA, Alexandre Freitas. In: **Poderes instrutórios do juiz e o processo civil democrático**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro -2007, ano 32, n. 153.

CAPPELLETTI, Mauro. **Oralidad y pruebas em el proceso civil**. Buenos Aires, Ejea. 1972.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema e Direito Processual Civil**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book. 2000. Vol. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

CORREA, Rafael Motta e. In: **Poderes instrutórios do juiz e as novas diretrizes da norma processual**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril – 2011, ano 36, v. 194.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 14 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente,**

Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1987.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da Prova: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto.** Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20formatado.p](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20formatado.pdf)
df> Acesso em: 7/10/2013.

_____. **Novas Linhas do Processo Civil.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil V.2 – Processo de Conhecimento.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Prova.** 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil – comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo; Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

MIRANDA, Vicente. **Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. In: **Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

_____. In: **Imparcialidade: reflexões sobre a imparcialidade do juiz**. Revista Jurídica, Porto Alegre, agosto 1988, n. 250.

_____. **Julgamento e Ônus da Prova**. Temas de Direito Processual. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. In: **O juiz e a prova**. Revista de Processo - *RePro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Vol. 35, 1984.

_____. In: **Por um processo socialmente efetivo**. Conferência, In: Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Janeiro - Março 2002, n. 105.

NERY JR., Nelson. In: **Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor**, 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. In: **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Janeiro – Fevereiro 2004, n. 113.

SOUZA, Artur Cesar de. In: **Justo Processo ou Justa Decisão**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Junho 2011, n. 196.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol.1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil, vol. 1 : teoria geral do processo de conhecimento**. Coordenação: Luiz Rodrigues Wambier. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre o ônus da prova**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 14/10/2013.

XAVIER, Trícia Navarro. In: **O Ativismo do Juiz em Tema de Prova**. Revista de Processo – *RePro*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, maio 2008, n. 159, ano 33.